



Acceda **sin cargo** al portal de noticias jurídicas **TRLaLey**, escaneando el siguiente **código QR**.

## La pandemia y sus efectos en el derecho sucesorio

Graciela Medina y Gabriel Roller (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. La muerte en tiempo de coronavirus.— III. Alteraciones directas del contenido del patrimonio relicto por normas específicas que limitan temporariamente el derecho de propiedad.— IV. Alteraciones indirectas del régimen sucesorio sin que exista una norma específica que varíe el contenido de la sucesión.

Acceda a una capacitación complementaria sobre la temática escaneando el siguiente código QR



### I. Introducción

En noviembre del año 2019 (1) el mundo conoció un nuevo virus, al que denominó SARS-CoV-2, que produjo una pandemia mundial (COVID-19) (2) de proporciones impensadas (3) y duración indefinida.

La facilidad de contagio del nuevo virus provocó que los gobiernos de la casi totalidad de los países del planeta Tierra tomaran medidas de aislamiento obligatorio, las que a su vez produjeron y producirán una crisis caracterizada por pérdidas de empleo y recesión, a nivel mundial, regional y nacional.

Afirma Daniel Vítolo: “estamos frente a una crisis nueva por diversos motivos. Primero, por lo impredecible del fenómeno: nadie imaginaba que esto iba a ocurrir y nadie sabe cómo va a terminar. La segunda cuestión es que hay un proceso de aislamiento a nivel mundial. En tercer lugar, se ha paralizado la producción de bienes y servicios de un modo diferente a cualquier otra catástrofe, como puede ser un tsunami o un fenómeno natural que tienen un teatro de operaciones. Hoy el COVID-19 tiene como teatro de operaciones el mundo y está paralizada la actividad”.

La lucha contra la pandemia ha causado un aluvión de normas de emergencia en aras de cuidar la salud de la población y evitar graves consecuencias económicas, y el derecho sucesorio no ha sido ajeno a ello, por lo que el presente trabajo intenta abordar su impacto en esta rama del derecho.

### II. La muerte en tiempo de coronavirus

Lo que todas las personas desean es acabar sus días en sus casas, o al menos rodeados de sus seres queridos. Hoy, si el fallecimiento ocurre por coronavirus, ello no es posible, ya que la muerte transcurre en soledad.

De repente, los familiares ven desaparecer a sus seres queridos en una ambulancia y nunca más pueden volver a verlos.

Todos somos conscientes de que, por el coronavirus, los seres queridos y nosotros mismos podemos morir en soledad, sin que nadie —una mujer, un hombre, un hijo, un hermano, un sobrino— nos tome de la mano; sin una caricia, sin una palabra de afecto, ni siquiera una mirada de amor desde el metro de distancia interpersonal obligatorio, por-

CONTINÚA EN PÁGINA 2

## Indivisión forzosa de la herencia o de un bien en particular

UNA FIGURA QUE SE AMPLÍA Y QUE PUEDE GENERAR ALGUNOS PROBLEMAS

Jorge A. M. Mazzinghi (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. La indivisión impuesta por el testador.— III. La indivisión convenida por los mismos coherederos.— IV. Indivisión requerida por el cónyuge supérstite.— V. Oposición de un heredero a la partición de un establecimiento que constituye una unidad económica.— VI. Conclusiones.

### I. Introducción

El Código Civil que comenzó a regir el 1º de enero de 1871 no contemplaba la figura de la *indivisión forzosa de la herencia*. Por el contrario, Vélez Sarsfield era de la idea de que la comunidad hereditaria tenía que disolverse lo más pronto posible, para facilitar el tráfico de los bienes y su gestión autónoma.

Prueba de ello es lo que establecía el art. 3452 del Cód. Civil: “Los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes, pueden pedir en cualquier tiempo la parti-

ción de la herencia, no obstante, cualquiera prohibición del testador, o convenciones en contrario”. En la nota al artículo transcrito, el codificador afirma que la fácil división de las herencias es “un principio de la razón natural”, y admite su procedencia, aunque estuviera pendiente un usufructo.

La posición de Vélez Sarsfield es tan rotunda que, en el art. 3462 del Cód. Civil, cuando comienza a tratar la partición, da a entender que el acuerdo de partición puede celebrarse por mayoría y no por unanimidad, como después lo estableció la ley 17.711 (1).

El 30/07/1954 se sancionó la ley 14.394 que modificó sustancialmente el escenario, admitiendo la indivisión forzosa impuesta por el testador y por un máximo de diez años, la indivisión por acuerdo de los herederos y por el mismo plazo, y la indivisión de un establecimiento industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole, o de la vivienda, requerida por el cónyuge supérstite, también por un lapso no mayor a diez años.

El Código Civil y Comercial que comenzó a regir a mediados de 2015 no solo ratificó estos supuestos, sino que los amplió considerablemente, acogiendo otras figuras y prevenien-

do la extensión de los plazos máximos. Las distintas hipótesis están desarrolladas en el cap. 2 del tít. VI del Libro Quinto del Código, bajo el título “Indivisión forzosa”.

En este trabajo, procuraremos presentar las distintas alternativas en su regulación actual y señalaremos algunos de los problemas de interpretación y de aplicación de la ley respecto de esta interesante figura de la indivisión hereditaria.

CONTINÚA EN PÁGINA 6

### DOCTRINA

La pandemia y sus efectos en el derecho sucesorio  
Graciela Medina y Gabriel Roller..... 1

Indivisión forzosa de la herencia o de un bien en particular  
Una figura que se amplía y que puede generar algunos problemas  
Jorge A. M. Mazzinghi ..... 1

### NOTA A FALLO

Abuso del derecho y contradicción con actos propios como conductas desestabilizadoras en los contratos  
Sebastián J. Cancio ..... 10

Contrato de agencia y situaciones abusivas  
María Laura Frisciale ..... 10

### JURISPRUDENCIA

ABUSO DEL DERECHO. Implementación de un proceso de regionalización decidido unilateralmente por la empresa de telefonía contratante. Obrar abusivo. Rescisión del contrato justificada. Daños (CNCom.) ..... 13

TURISMO CANCELADO POR LA PANDEMIA. Devolución por parte de Agentes de Viaje y establecimientos hoteleros de reservas por alojamientos a turistas. Habilitación de feria. Rechazo de la cautelar. Resolución inminente del conflicto (JNCom. de Feria) ..... 15

# La pandemia y sus efectos en el derecho sucesorio

● VIENE DE TAPA

que está prohibido acompañar al hospital a quien resulta positivo o a quien es sospechoso de serlo. Por otra parte, los entierros y ceremonias fúnebres también se encuentran restringidos.

Cabe preguntarnos cómo afectan estas limitaciones al derecho de sucesiones. Consideramos que transitar la última enfermedad en soledad y las restricciones a las ceremonias mortuorias afectan al derecho de sucesiones al menos en dos aspectos.

El primero de ellos es la imposibilidad de cumplir las mandas testamentarias y los cargos con respecto a las exequias, por las limitaciones relativas a los sepelios y ceremonias fúnebres, laicas o religiosas. Cabe recordar que el dec. 297/2020, en su art. 6º, punto 7º, establece que, en el caso de los “servicios funerarios”, “no se autorizan actividades que signifiquen reunión de personas”.

El segundo aspecto se refiere a las limitaciones impuestas a la libertad de testar, porque, por la normativa sanitaria, si no pueden ingresar los familiares, tampoco lo pueden hacer los escribanos, y las “disposiciones de última voluntad” se reducen a las mandas que pudo haber otorgado antes del coronavirus o, como veremos, a confeccionar un testamento ológrafo en condiciones extremas.

A los fines de ordenar este trabajo, realizamos un análisis de las consecuencias patrimoniales, dividiendo el tema en dos grandes aspectos:

1) Alteraciones directas del contenido del patrimonio relicto por normas específicas referidas a la emergencia sanitaria que limitan transitoriamente el derecho de propiedad.

2) Alteraciones indirectas al régimen sucesorio por normas y situaciones derivadas de la emergencia, que afectan el régimen sucesorio.

## III. Alteraciones directas del contenido del patrimonio relicto por normas específicas que limitan temporariamente el derecho de propiedad

### III.1. Objetivo

En este acápite nos referiremos a supuestos en los cuales el contenido del patrimonio relicto se ve afectado por normas de emergencias específicas que varían su caudal al limitar temporariamente el derecho de propiedad.

El Código Civil y Comercial de la Nación mantiene la regla según la cual los derechos patrimoniales se transmiten a los herederos siempre que no sean *intuitu personae* y no se transmiten los derechos extrapatrimoniales, pero sí sus consecuencias patrimoniales.

Así, se transmiten los derechos reales, salvo los de uso, habitación y usufructo, los derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual hasta setenta años contados a partir del 01 de enero del año siguiente al de la muerte del autor (art. 5º de la ley 11.723, modificada por ley 24.870), las patentes de invención (ley 24.481, modificada por la 24.572, t.o. 1996, BO del 22/03/1996) y las marcas de fábrica, de comercio y agricultura (art. 9º, ley 3975). En general, pasan a los herederos todos los derechos derivados del contrato, salvo pacto en contrario o limitaciones específicas, como las dispuestas en la Ley de Sociedades.

En definitiva, el principio general es que la muerte no debe modificar la relación obligacional entre deudor y acreedor, salvo en lo referente a las relaciones *intuitu personae*.

Valga señalar que los derechos y obligaciones se transmiten en igual extensión que la que tenían para el causante.

Empero, intentaremos demostrar en los siguientes párrafos cómo algunos derechos y obligaciones varían por efecto de la pandemia (aumentando o disminuyendo) y cómo repercuten durante el proceso sucesorio.

### III.2. La continuación de las locaciones. Normas que alteran los contratos de locaciones. El decreto de necesidad y urgencia 320/2020

El primer aspecto del que nos ocuparemos se refiere a las locaciones que integran el caudal relicto, tanto aquellas en las que el causante era locador como aquellas en las que era locatario, analizando los casos de alquileres de viviendas tanto para uso familiar como para uso comercial.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece expresamente como principio la transmisibilidad activa y pasiva del contrato de locación por causa de muerte, salvo pacto en contrario (art. 1189). Por otra parte, el propio art. 1190 reconoce el derecho a continuar la locación de un inmueble, o parte material de un inmueble, destinado a habitación, en las condiciones pactadas y hasta el vencimiento del plazo, en caso de abandono o fallecimiento del locatario, “por quien habite con el locatario y acredite haber recibido del locatario ostensible trato familiar durante el año previo al abandono o fallecimiento”. En el caso, el derecho del continuador en la locación prevalece sobre el del heredero del locatario.

Advertimos que, según el ordenamiento establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación, la locación continúa en las condiciones pactadas.

III.2.a. Supuesto de que en el patrimonio sucesorio el causante tuviera inmuebles alquilados

En este caso, el patrimonio sucesorio se verá disminuido por las restricciones del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 320/2020, que limita el derecho de renta del inmueble y, por ende, también restringe la sucesión en sentido objetivo.

Muchos fueron los argumentos que buscan fundamentar la medida, entre ellos: la protección constitucional de la vivienda familiar;

la dificultad para gran cantidad de locatarios y locatarias de dar cabal cumplimiento a diversas obligaciones de los contratos celebrados, en particular a las cláusulas que se refieren a la obligación de pago del precio de la locación; la posibilidad de desalojos; y la dificultad de buscar viviendas en tiempos de aislamiento, aunque —como veremos a continuación— la limitación se refiere no solo a la vivienda familiar, sino a múltiples predios.

Las normas que intervienen en el contrato de locación y el régimen procesal del desalojo son limitaciones legales y relativas del derecho de propiedad, establecidas por el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de la emergencia sanitaria.

Y tal limitación al derecho patrimonial no es inconstitucional, porque es relativa, tiene un límite temporal, se encuentra justificada en una gravísima necesidad de salud pública y encuentra fundamento en preceptos supraconstitucionales que garantizan la protección a la vivienda familiar y al comercio, reconocida por múltiples tratados internacionales, conforme a nuestro art. 75, inc. 22, como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

En ese sentido, entendemos que estas normas cumplen con el test de convencionalidad, ya que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporaria y razonablemente los efectos de los contratos, como los de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos y otras (CS, Fallos 243:467), con el fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole (CS, Fallos 238:76). En estos casos, el gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere convenientes, con el límite de que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución. No debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado (CS, Fallos 171:79), toda vez que los acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (CS, Fallos 238:76).

Sin embargo, otra podría ser la respuesta al interrogante si esta limitación se prolongara *sine die* en el tiempo, como ha ocurrido con otras leyes de prórroga a las locaciones urbanas.

III.2.b. La limitación al patrimonio sucesorio producida por el congelamiento de los alquileres

Los contratos celebrados por el causante con cláusulas de reajuste se ven limitados por dicha norma al congelar el precio de las locaciones, impidiendo a los herederos el aumento de los alquileres hasta el 30 de septiembre del año en curso, en el supuesto de los inmuebles establecidos en el art. 9º (4). A tal efecto, durante la vigencia de esta medida se deberá abonar el precio de la locación correspondiente al mes de marzo del corriente año.

III.2.c. La limitación al patrimonio sucesorio motivada por la suspensión de los desalojos

Los herederos que pretendan recuperar los inmuebles sucesorios para su uso o para la venta deberán esperar hasta el 30 de septiembre, como consecuencia de la suspensión hasta dicha fecha de la ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalojo de los inmuebles enumerados en el art. 9º de la citada norma, siempre que el litigio se haya promovido por el incumplimiento de la obligación de pago en un contrato de locación y la tenencia del inmueble se encuentre en poder de la parte locataria, sus continuadores o continuadoras —en los términos del art. 1190 del Cód. Civ. y Com.—, sus sucesores o sucesoras por causa de muerte, o de un sublocatario o una sublocataria, si hubiere. Esta medida alcanzará también a los lanzamientos ya ordenados que no se hubieran realizado a la fecha de entrada en vigencia del citado decreto.

Empero, cabe señalar que no se encuentra suspendida la posibilidad de iniciar un proceso de desalojo; lo que no se puede efectivizar es el lanzamiento en sí. Pero, ante el incumplimiento del pago del canon sin actualización, el o los administradores pueden iniciar el proceso de desahucio. Ponemos el acento en estas normas que restringen el derecho de propiedad, porque es posible que ellas, dada la pandémica situación, se prorroguen en el tiempo, con lo cual los sucesores pueden ver limitado el contenido del acervo durante un período más prolongado.

III.2.d. Limitación al patrimonio sucesorio por la prórroga de contratos de locación

Los herederos que quieran dar otro destino al inmueble alquilado se encuentran con la valla establecida por el art. 3º del dec. 320/2020, que establece que se prorroga, hasta el día 30 de septiembre del corriente año, la vigencia de los contratos de locación de los inmuebles individualizados en el art. 9º, cuyo vencimiento haya operado desde el 20 de marzo próximo pasado y cuando la tenencia del inmueble se encuentre en poder de la parte locataria, sus continuadores o continuadoras —en los términos del art. 1190 del Cód. Civ. y Com.—, sus sucesores o sucesoras por causa de muerte, o de un sublocatario o una sublocataria, si hubiere; y para los contratos cuyo vencimiento esté previsto antes del 30 de septiembre de este año.

Por otro lado, es importante tener presente que el heredero al que días antes de la declaración de la denominada “cuarentena” le fue asignado ese inmueble locado en la partición se verá notoriamente perjudicado respecto del resto de los copartícipes, al no poder disponer libremente de dicho bien. Eventualmente podría contar con la garantía de evicción, ya que su finalidad es mantener la igualdad entre los coherederos de acuerdo con los lotes adjudicados, principio esencial de toda partición y en donde cada uno de los herederos responde en proporción a su parte, soportando el heredero vencido o perjudicado la parte que le toque.

Sin embargo, uno de los requisitos para la procedencia de la evicción es que la causa de la turbación sea anterior a la partición (art. 2404), y si bien la locación era previa,

## { NOTAS }

**Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**  
(\*) Directora y subdirector del Posgrado de Actualización en Derecho Sucesorio de la UBA.

(1) Tuvo su origen en la ciudad de Wuhan, provincia de Hubei, en China, a mediados del mes de diciembre de 2019, a partir de la alerta emitida por las autoridades sanitarias de Wuhan, que detectaron una serie de casos de neumonía producida por una causa desconocida.

(2) La Organización Mundial de la Salud declaró el 11/03/2020 al brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego de que el número de personas infectadas

por COVID-19 llegara a 118.554, y el número de muertes a 4.281, afectando hasta ese momento a 110 países.

(3) Hasta el 05/06/2020 se han informado más de 6.7 millones de casos de la enfermedad en más de 213 países y territorios en el mundo (los cinco países con mayor número de infectados son Estados Unidos, Rusia, Brasil, Reino Unido, España e Italia), con más de 400.000 muertes (los cinco países con mayor cantidad de fallecidos son Estados Unidos, Reino Unido, Italia, España y Francia) y más de 2.3 millones de casos de personas recuperadas (los cinco países con mayor número de per-

sonas recuperadas son Estados Unidos, España, Alemania, Italia y Turquía).

(4) “*Contratos alcanzados*: Las medidas dispuestas en el presente decreto se aplicarán respecto de los siguientes contratos de locación: 1. De inmuebles destinados a vivienda única urbana o rural. 2. De habitaciones destinadas a vivienda familiar o personal en pensiones, hoteles u otros alojamientos similares. 3. De inmuebles destinados a actividades culturales o comunitarias. 4. De inmuebles rurales destinados a pequeñas producciones familiares y pequeñas producciones agropecuarias. 5. De inmuebles

alquilados por personas adheridas al régimen de monotributo, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria. 6. De inmuebles alquilados por profesionales autónomos para el ejercicio de su profesión. 7. De inmuebles alquilados por micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) conforme lo dispuesto en la ley 24.467 y modificatorias, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria. 8. De inmuebles alquilados por cooperativas de trabajo o empresas recuperadas inscritas en el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES)”.



seguramente se contaba con que el heredero podía disponer del inmueble una vez finalizado dicho contrato, por lo que entendemos que debería analizarse esta particular situación como un caso fortuito o de fuerza mayor.

III.2.e. Limitación al patrimonio sucesorio por la suspensión de los intereses

La misma norma establece que si el locatario no paga el canon locativo solo podrán aplicarse intereses compensatorios, los que no podrán exceder la tasa de interés para plazos fijos en pesos a treinta [30] días que paga el Banco de la Nación Argentina.

Asimismo, se señala la prohibición de aplicar intereses punitivos y moratorios, ni ninguna otra penalidad, y las obligaciones de la parte fiadora permanecerán vigentes hasta la total cancelación, sin resultar de aplicación los arts. 1225 y 1596, incs. b) y d), del Cód. Civil y Com.

III.2.f. Limitación al patrimonio relicto por la continuación del contrato de fianza asumido por el causante

Cuando el causante se hubiera obligado como fiador, este contrato se transmite a los sucesores universales (art. 1024, Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, la pregunta que debemos hacernos es qué ocurre con la fianza que garantiza el contrato de locación, ya que las obligaciones del fiador cesan automáticamente al vencimiento del plazo de la locación, excepto aquellas que deriven de la no restitución en tiempo del inmueble locado.

El art. 5º del dec. 320/2020 establece que no resultarán de aplicación, hasta el 30 de septiembre del año en curso o hasta el vencimiento de la prórroga opcional prevista en el art. 3º, párr. 3º, el art. 1225 del Cód. Civ. y Com. y las causales de extinción previstas en los incs. b) y d) del art. 1596 del Cód. Civ. y Com.

En función de ello, los herederos deben continuar la fianza, toda vez que, si bien en principio el fiador responde por todas las obligaciones derivadas del contrato de locación con un límite temporal preciso, que es el término del contrato de locación, en virtud del mencionado art. 5º verá ampliadas sus obligaciones por el plazo de seis meses más.

III.2.g. La forma de pago de las actualizaciones suspendidas disminuye el caudal relicto en una economía inflacionaria

Finalmente, señala el decreto que las actualizaciones de los alquileres podrán ser pagadas en tres [3] cuotas. En este sentido, el art. 6º establece una forma de pago en cuotas para abonar la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el que resulte del congelamiento dispuesto por la aplicación del decreto, la que deberá ser abonada en al menos tres cuotas y como máximo en seis, mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento la primera en la fecha de vencimiento del canon locativo dispuesto por las partes en el contrato correspondiente al mes de octubre del corriente año y junto con este, y en igual modo se procederá con las siguientes, aun cuando hubiere operado el vencimiento del contrato.

Asimismo, se dispone que no podrán aplicarse intereses moratorios, compensatorios ni punitivos, ni ninguna otra penalidad prevista en el contrato, y las obligaciones de la parte fiadora seguirán vigentes hasta la total

cancelación de la deuda, como así también que las partes pueden pactar, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, una forma de pago que no podrá ser más gravosa para la parte locataria que la establecida por la disposición.

Con respecto a las deudas que pudieren generarse desde la fecha de entrada en vigor del decreto y hasta el 30/09/2020, originadas en la falta de pago, en pagos realizados fuera de los plazos pactados o en pagos parciales, se dispone que ellas deberán abonarse en al menos tres cuotas y como máximo en seis, mensuales, iguales y consecutivas. Aquí se establece la misma forma de pago que la que resulta de la diferencia del congelamiento del canon locativo, pero, a diferencia de este último, podrán aplicarse intereses compensatorios, los que no podrán exceder la tasa de interés para plazos fijos en pesos a treinta días que paga el Banco Nación, pero tampoco podrán aplicarse intereses punitivos ni moratorios, ni ninguna otra penalidad, continuando también en estos casos la vigencia del contrato de fianza para asegurar el cobro del crédito por la parte locataria (art. 7º).

III.2.h. La ampliación de la herencia en sentido objetivo si el causante era locatario

Como contrapartida de lo hasta aquí expresado, si en cambio los herederos resultan continuadores de la locación del causante, su herencia —en sentido objetivo— se verá ampliada por la suspensión de los desalojos, la ampliación del plazo de la fianza y la suspensión del reajuste.

Advertimos que el dec. 320/2020 utiliza fórmulas que ya han sido aplicadas en la legislación de emergencia que prorrogó los contratos de alquileres.

Así, el art. 3º de la ley 21.342 exigía, para poder acogerse a los beneficios de esa ley, que efectivamente se haya ocupado el inmueble por sí o por intermedio del cónyuge, ascendientes o descendientes a la época de la entrada en vigencia de aquella.

El reciente dec. 320/2020 establece como requisito, para que resulten operativos estos beneficios, que la tenencia del inmueble se encuentre en poder de la parte locataria, sus continuadores o continuadoras, en los términos del art. 1190 del Cód. Civ. y Com., sus sucesores o sucesoras por causa de muerte, o de un sublocatario o de una sublocataria, en su caso. Ello implica que no todos los herederos se verán beneficiados con las ventajas que para el inquilino trae el dec. 320/2020, sino solo aquellos que ocupen la cosa locada.

III.2.i. Supuesto de que en el patrimonio sucesorio existieran inmuebles locados con fines comerciales

En el caso de que en la herencia existieran inmuebles locados con fines comerciales, además de la legislación de emergencia, es de aplicación el art. 1203, que establece: “Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o esta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes”.

La fuente más directa de este precepto se encuentra expresada en la nota al art. 1522 del Código de Vélez, al señalar: “cuando en tiempo de guerra, el locatario es obligado a dejar

su habitación, o si en tiempo de peste no puede ocupar la cosa que tenga alquilada porque la policía sanitaria no lo permitiese, el locatario, según las circunstancias, podrá, o hacer rescindir el contrato, u obtener la disminución del precio, o la cesación momentánea de pago del alquiler”.

En múltiples contratos de locación de inmuebles comerciales el locatario se ha visto impedido de usar y gozar de los inmuebles alquilados en virtud de la restricción a la circulación impuesta por el “aislamiento preventivo y obligatorio”, provocando dos posibles consecuencias: la cesación del pago del precio por el tiempo que dure la restricción o, en su caso, la rescisión del contrato.

III.2.j. Contratos de locación de larga duración. La obligación de los herederos de renegociación

Indiscutiblemente, la decisión de rescindir, causada por la alteración de las circunstancias que sirvieron de base al contrato, genera una obligación de renegociación cuando ha sido alterado en su conmutatividad, basado en la buena fe.

Cabe destacar que este deber general aparece establecido en el art. 1011 del Cód. Civ. y Com. y en la regulación de la imprevisión, ya que allí es donde se establece el derecho a plantear —judicial o extrajudicialmente— la adecuación del negocio.

III.2.k. La ocupación de la vivienda en forma exclusiva por alguno de los locatarios

En el supuesto de que uno de los coherederos ocupe el inmueble en forma exclusiva conforme al art. 2328 del Cód. Civ. y Com. (5) y pague una indemnización (canon) a sus coherederos con cláusula de reajuste, consideramos que, por analogía, debe también aplicarse el dec. 320/2020, y que por lo tanto está facultado a suspender el pago de las actualizaciones por seis meses y pagar el reajuste en tres cuotas sin intereses punitivos ni moratorios.

No debemos olvidar que para fijar dicho canon se deberá tener en cuenta el precio del alquiler que el resto de los coherederos habrían obtenido si hubieran dispuesto de la vivienda, sin que importe realmente si, de ser ello así, la hubieran alquilado o no, pues basta con la posibilidad cierta y objetiva de poder hacerlo (6). Ello así, ese precio en épocas de pandemia se ve afectado por el dec. 320/2020, de la misma forma en que se vería limitado si hubiera sido locado a un tercero ajeno a la sucesión.

III.3. La alteración del patrimonio relicto por las leyes de emergencia que regulan los contratos de hipotecas. El DNU 319/2020

Entre los contratos que se transmiten a los herederos tanto en forma activa como pasiva se encuentra el de hipoteca. Este convenio ha sido alterado en sus bases por el DNU 319/2020.

En efecto, la previsión legal determina que los sucesores quedarán obligados en igual medida en que lo estaba el causante, pero resulta que los derechos de los acreedores y deudores hipotecarios han sido modificados por el dec. 319/2020, resolución que modifica el caudal relicto.

En los últimos años han sido otorgados numerosos préstamos hipotecarios en nuestro país, principalmente para la adquisición de vivienda con garantía hipotecaria, reajusta-

bles con diversas variables de acuerdo con la inflación (7).

El esquema de actualización del valor de las cuotas y del capital de los créditos según la inflación sufrió un fuerte deterioro en la capacidad de pago a causa de la pandemia, lo que llevó al dictado del mencionado decreto, que en lo sustantivo dispone:

1. Alteración del caudal relicto por el congelamiento de las cuotas mensuales de los créditos hipotecarios con destino a vivienda: la legislación de emergencia establece un congelamiento del valor de las cuotas mensuales de los créditos hipotecarios, hasta el 30/09/2020, que recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados, las que no podrán superar el importe de la cuota correspondiente, por el mismo concepto, al mes de marzo del corriente año (8).

2. Modificación del caudal relicto por la suspensión de las ejecuciones hipotecarias: el mencionado decreto ordena la suspensión de las ejecuciones hipotecarias, judiciales o extrajudiciales, en las que el derecho real de garantía recaiga sobre los inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados, hasta el 30 de septiembre del año en curso, quedando comprendidas en la disposición las hipotecas de parte indivisa. Dicha suspensión alcanza también a los lanzamientos ya ordenados que no se hubieran realizado a la fecha de entrada en vigor del decreto.

3. Suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad de instancia en los procesos de ejecución hipotecaria: como contrapartida, y por igual plazo, se suspenden los plazos procesales que importan la prórroga automática de todas las inscripciones registrales de las garantías, lo que no impedirá la traba y el mantenimiento de las medidas cautelares en garantía del crédito. Asimismo, ello importa, por igual período, la suspensión del plazo de caducidad registral de las inscripciones y anotaciones registrales de las hipotecas y de las medidas cautelares que se traben o se hayan trabado en el marco de los procesos de ejecuciones hipotecarias.

4. Diferencias entre sumas de dinero: finalmente, se establece que la diferencia entre la suma de dinero que hubiere debido abonarse según las cláusulas contractuales y la que efectivamente corresponda pagar por aplicación del congelamiento del monto de las cuotas mensuales podrá pagarse en al menos tres [3] cuotas sin intereses, mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento, la primera de ellas, en la fecha de vencimiento de la cuota del mes de octubre del corriente año. En ningún caso se aplicarán intereses moratorios, compensatorios ni punitivos, ni otras penalidades previstas en el contrato. No obstante, las partes podrán pactar una forma de pago distinta, que no podrá ser más gravosa para la parte deudora.

IV. Alteraciones indirectas del régimen sucesorio sin que exista una norma específica que varíe el contenido de la sucesión

IV.1. Planificación sucesoria

Explica Pérez Lasala que los seres humanos se resisten a hablar de la muerte, pero todos sus actos y decisiones impactan —directa o indirectamente— en ella, y, siendo inevitable la finalización de la vida, sostiene que cuanto más preparados estemos, menos problemas

## { NOTAS }

(5) Art. 2328: “Uso y goce de los bienes. El heredero puede usar y disfrutar de la cosa indivisa conforme a su destino, en la medida compatible con el derecho de los otros copartícipes. Si no hay acuerdo entre los interesados, el ejercicio de este derecho debe ser regulado, de manera provisional,

por el juez. El copartícipe que usa privativamente de la cosa indivisa está obligado, excepto pacto en contrario, a satisfacer una indemnización, desde que le es requerida”.

(6) ROLLERI, Gabriel. “Comentario al art. 2328”, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Ci-*

*vil y Comercial comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. VI, p. 156.

(7) Vale aclarar que los créditos hipotecarios UVA ya habían sido congelados hasta el 31/12/2019 y extendidos hasta el 31 de enero mediante res. 1/2019 del Ministerio de

Desarrollo Territorial y Hábitat.

(8) FERRER de FERNÁNDEZ, Esther H. S., “La protección de la vivienda familiar en la emergencia sanitaria por el coronavirus”, LA LEY del 13/04/2020, 9, AR/DOC/1024/2020.

generaremos a las personas que nos sucedan (9).

Planificar es hacer el plan o proyecto de una acción. En el ámbito del derecho sucesorio surge el concepto de la “planificación sucesoria”, que especialmente consiste en articular un conjunto de medidas o de acciones con vistas a evitar los conflictos que puedan sobrevenir a la muerte de una persona, tendiendo a proteger, de esta manera, el ámbito de una unidad de negocios, como lo es una explotación productiva o las participaciones societarias, especialmente las familiares (10).

Al respecto, entendemos que hay empresa familiar cuando una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias, cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio. Existe, por lo tanto, una estrecha relación entre propiedad y gestión o, dicho de otro modo, entre la vida de la empresa y la vida de la familia (11).

De esta forma, la planificación sucesoria es ese conjunto de pasos adecuados para la mejor transmisión de nuestro patrimonio o para encontrar la mejor solución para nuestras cuestiones personales o patrimoniales, o para futuras posibles enfermedades, siempre teniendo en cuenta que lo que hemos de analizar para nuestra problemática concreta es cómo encarar un traje a medida, lo cual requiere un detallado análisis (12).

Sin lugar a dudas, el aislamiento social y la gravedad de la situación pandémica han llevado a algunas personas, sobre todo a los adultos mayores, a reflexionar acerca de la eventual posibilidad de su muerte y, a partir de allí, a organizar aspectos vinculados a su patrimonio.

En ese sentido, podemos encontrar numerosas alternativas de planificación patrimonial sobre bienes, acciones y unidades económicas, como la transmisión de la empresa familiar, la partición por los ascendientes (art. 2411), sea por donación (art. 2415) o por testamento (art. 2421), la indivisión forzosa impuesta por el testador (art. 2330), la mejora a herederos legítimos, ya sea por dispensa de colación de las donaciones realizadas o mediante la institución de legados (art. 2385), la mejora a favor de un heredero con discapacidad (art. 2448), la designación de un administrador judicial (art. 2347) y de albaceas (art. 2524), las instituciones hereditarias o de legados con fines benéficos destinadas a simples asociaciones, a los pobres y a favor del alma del testador (art. 2485), y, finalmente, las fundaciones creadas por el testamento del causante [art. 2279, inc. d)], una novedosa incorporación al Código Civil y Comercial que permite que el *de cujus* destine bienes con el fin de crearlas.

Tampoco debemos olvidarnos de la aplicación del flamante art. 1010 del Cód. Civ. y Com., referido a los pactos sobre herencia futura, los cuales, si bien como regla no pueden ser objeto de contratos ni de derechos hereditarios, sí son admitidos en el supuesto de una explotación productiva o de participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos. La única limitación que prevé la norma es que dichos pactos no podrán afectar la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge ni los de terceros.

Pero esa planificación también puede abordar cuestiones extrapatrimoniales, como la disposición del propio cuerpo con fines mé-

dicos o científicos, la donación de órganos, el destino de las exequias u honras fúnebres, la cremación, las directivas médicas anticipadas, el reconocimiento de hijos, la designación de un tutor para niños, niñas y adolescentes y la designación de un curador para parientes con incapacidad.

#### IV.2. Caducidad

Señala el art. 2566 del Cód. Civ. y Com. que la caducidad extingue el derecho no ejercido. Dentro del derecho sucesorio encontramos numerosos supuestos que, por el aislamiento social, preventivo y obligatorio, puede resultar imposible llevar a la práctica, lo que puede conducir a la pérdida del ejercicio de algún derecho hereditario.

Sin embargo, lo más significativo resulta ser que, según lo establecido por el Poder Ejecutivo Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en igual sentido, los más altos tribunales de todo el país, la suspensión de los plazos procesales, tanto administrativos como judiciales, no alcanza a los plazos de caducidad, por lo que, transcurridos los términos fijados por la ley, se origina o consolida el derecho de que se trate (13).

##### IV.2.a. Exclusión del indigno

Señala el art. 2284 que el derecho de excluir al heredero indigno caduca por el transcurso de tres años desde la apertura de la sucesión, y respecto del legatario indigno, por igual plazo desde la entrega del legado.

La norma establece la caducidad del derecho de excluir al sucesor. Se trata de que la facultad o el derecho es de duración limitada, ya que, producida la caducidad, esta impide que los herederos interesados en que se declare la indignidad puedan, en lo sucesivo, invocar y probar la causal en que se funde (14).

Respecto del legatario, la situación es diferente a la del heredero, ya que el plazo no comienza a correr desde el instante mismo de la muerte, sino desde la entrega del legado, y cada legado dependerá de las circunstancias propias, no siendo posible establecer un instante único.

##### IV.2.b. Derecho de opción

Un tema de significativa importancia relacionado con el aislamiento se refiere a la aceptación y renuncia de la herencia. El nuevo Código Civil y Comercial ha regulado un nuevo término para ejercer el derecho de opción, reduciendo de veinte [20] a diez [10] años el plazo de caducidad del derogado art. 3313 del Cód. Civil, pero con una importante distinción: el heredero que no la haya aceptado en ese plazo es tenido por renunciante (art. 2288).

Al respecto pueden producirse innumerables situaciones. Una de ellas es que, acercándose el plazo de 10 años de caducidad, el heredero tenga intenciones de aceptar la herencia deferida, pero, por cuestiones vinculadas con la pandemia o, por ejemplo, al encontrarse fuera del país sin poder trasladarse, no haya podido llevar a cabo ninguno de los actos que implican aceptación, tanto expresa como tácita, especialmente aquellos previstos en el art. 2294, por lo que, transcurrido ese plazo, inevitablemente será considerado renunciante.

Pero, por otro lado, de manera contraria, alguien podría tener intenciones de renunciar a

ella y curiosamente ser considerado aceptante. Un ejemplo de ello sería la aplicación de lo previsto en el inc. c) del art. 2294, en donde el heredero —por el aislamiento y la prohibición de trasladarse a otro domicilio— continúa ocupando o habitando un inmueble del cual el causante era dueño, después de transcurrido un año del deceso de aquel. La consecuencia sería su aceptación tácita e irreversible, según reza el art. 2298.

Finalmente, el inc. d) del art. 2296 autoriza al heredero a percibir las rentas de los bienes que conforman la herencia, sin que este acto tenga como consecuencia la aceptación tácita de la aquella, pero con la condición de que lo producido tenga como destino el pago de los gastos funerarios y de la última enfermedad, los impuestos adeudados por el difunto, los alquileres y otras deudas cuyo pago es urgente o, sin tener ese destino, el monto percibido sea depositado en poder de un escribano.

Si bien la norma no establece un plazo para su entrega al escribano, teniendo en cuenta el aislamiento obligatorio y que la actividad notarial se encuentra dentro las actividades esenciales relativas, la falta de depósito podría eventualmente generar, *a contrario sensu*, la aceptación tácita de la herencia, al no cumplirse con el requisito previsto en la norma.

##### IV.2.c. Intimación a aceptar o renunciar

Distinto es el supuesto del art. 2289, que establece que cualquier interesado puede solicitar judicialmente que el heredero sea intimado a aceptar o renunciar a la herencia en un plazo no menor de un mes ni mayor de tres meses, renovable una sola vez por justa causa, con la consecuencia de que, transcurrido dicho término sin haber respondido la intimación, se lo tendrá por aceptante.

Señalamos la diferencia del caso, porque la intimación debe ser judicial (a diferencia de lo que ocurría en el derogado art. 3314 del Código de Vélez, donde no se aclaraba la forma) y la respuesta a esa notificación deberá regirse por plazos judiciales, los cuales se encuentran suspendidos, de acuerdo con la normativa *supra* señalada.

La misma solución debe aplicarse al supuesto en que el heredero no confeccione el inventario en el plazo de tres meses desde que los acreedores o legatarios lo intiman judicialmente a su realización [arts. 2321, inc. a), y 2341 del Cód. Civ. y Com.], ya que la suspensión de plazos impediría hacer efectivo el apercibimiento de la extensión de la responsabilidad y tener que responder con sus propios bienes por el pago de las deudas del causante y las cargas de la herencia.

##### IV.3. Cesión de herencia

El art. 2302 regula el momento a partir del cual produce efectos la cesión de herencia, poniendo fin a una discusión que había generado respuestas contradictorias en la doctrina y la jurisprudencia anteriores y que se encontraban relacionadas con la forma de efectuar la publicidad de dicho contrato a los fines de su oponibilidad a terceros, entendiéndose como tales a otros coherederos, acreedores particulares del cedente o cualquier interesado.

En esa línea, el inc. b) del art. 2302 señala que la cesión del derecho a una herencia ya deferida o a una parte indivisa de ella tiene efectos respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente desde que la escritura

pública se incorpora al expediente sucesorio. Es importante tener en cuenta que la incorporación del testimonio de la escritura de cesión al expediente sucesorio permite que todo interesado pueda tomar conocimiento de aquella, e impugnarla si fuera el caso, siendo esta forma de publicidad más amplia que la inscripción registral, ya que comprende el universo del acervo hereditario como cosas y derechos, bienes muebles o inmuebles, etcétera.

Ahora bien, como producto del aislamiento social pueden producirse diversas situaciones. Una de ellas podría ser que el juicio sucesorio se encuentre iniciado y, por ejemplo, por omisión de la parte, retraso del escribano o impericia del letrado se haya demorado la incorporación de la cesión al expediente; otra, si aún no se ha iniciado el sucesorio y el cesionario (legitimado para promoverlo) no ha podido promoverlo por la declaración de la feria judicial.

En ambos casos el acreedor del heredero que embarga la alcuota de este sobre la herencia tendrá prioridad sobre el cesionario, si la traba de la medida es anterior a la presentación de la escritura en el expediente sucesorio, aunque la escritura de cesión fuera de fecha anterior.

##### IV.4. Administración de la herencia

Otro aspecto importante vinculado con la pandemia y sus efectos se refiere a la administración de la herencia, tanto extrajudicial como judicial, ya que puede ocurrir que durante el aislamiento obligatorio y dentro del período de indivisión, inclusive antes del inicio del juicio sucesorio, algún coheredero estime necesario llevar a cabo actos conservatorios, de administración y de disposición, inclusive medidas urgentes que no puedan esperar en relación con el acervo hereditario, y que, como producto del aislamiento, se vea impedido de realizar.

Es importante recordar que en ambas formas (judicial y extrajudicial) la administración hereditaria se extiende desde la muerte del causante hasta la efectiva partición, siempre —claro está— que se conforme una comunidad hereditaria, es decir, la existencia de dos o más herederos (conf. arts. 2323, 2346 y 2363).

##### IV.4.a. Administración extrajudicial

###### 1) Actos conservatorios

En relación con los actos conservatorios, estos podrán ser realizados por cualquiera de los herederos, tanto en forma conjunta como indistinta. Así lo regula el art. 2324 del Cód. Civ. y Com., al establecer que “cualquiera de los herederos puede tomar las medidas necesarias para la conservación de los bienes indivisos”, facultando al sucesor al empleo de fondos que se encuentren en su poder, con el objeto de llevar a cabo las medidas necesarias para la conservación de los bienes hereditarios y obligando al resto de los coherederos a contribuir con dichos gastos, ante la carencia de aquellos.

Si bien es cierto que resulta dificultoso definir el acto conservatorio, ya que tanto en el derogado régimen como en el actual Código se menciona, en forma genérica, “conservación de bienes indivisos”, oportunamente hemos sostenido que deben entenderse comprendidos los actos tendientes a la conservación y el mantenimiento de los

#### { NOTAS }

(9) PÉREZ LASALA, Fernando, “El derecho sucesorio en tiempos de pandemia”, conferencia dictada de manera virtual el 12/05/2020 ante el Colegio de Abogados de Mendoza.

(10) MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel, “Manual de derecho de las sucesiones”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2017, p. 295.

(11) MEDINA, Graciela, “Empresa familiar”, LA LEY, 2010-E, 925.

(12) MOURELLE de TAMBORRENEA, María Cristina, “Planificación sucesoria patrimonial y no patrimonial: una herramienta a utilizar pensando en la herencia”, LA LEY, 2018-E, 910, AR/DOC/1597/2018.

(13) En función de la situación desarrollada se dis-

puso la suspensión de los plazos procesales y procedimentales, judiciales y administrativos, por parte de la Administración Pública Nacional y el Poder Judicial de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante el dictado del dec. PEN 298/2020 y de las Ac. CS 4/2020, 6/2020, 8/2020, 10/2020, 13/2020 y 14/2020; en igual sentido —en-

tre otras—, la Ac. CS Santa Fe 8/2020, las res. SCBA 286/2020 y 480/2020, la Ac. SC Mendoza 29.501 y la Ac. TSJ Cba. 1620/2020.

(14) FERRER, Francisco A. M., “Comentario al art. 2284”, en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), “Código Civil y Comercial comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. XI.



bienes del sucesorio, como las reparaciones urgentes, el depósito y secuestro de los bienes, el inventario provisorio y el pedido de informes (15).

## 2) Actos de administración y de disposición

Al igual que en el derogado régimen, los actos de administración y de disposición de los bienes hereditarios requieren unanimidad, es decir, el consentimiento de todos los herederos (art. 2325, Cód. Civ. y Com.), el que podrá llevarse a cabo con mandato expreso y también con mandato tácito, en el supuesto de que un coheredero tome a su cargo la administración con conocimiento de los demás y sin oposición de ellos.

Empero, el mencionado artículo determina la exigencia de facultades expresas para todo acto que exceda la explotación normal de los bienes indivisos, así como para la contratación y renovación de locaciones. El término “explotación normal” es bastante impreciso, lo que ha llevado a autores como Ferrer a señalar que no se necesitarán facultades expresas para administrar una explotación agropecuaria, pues ellas no serán exigibles, por ejemplo, para pagar los sueldos de los empleados, comprar semillas o fertilizantes, adquirir repuestos e insumos y reparar máquinas (16).

## 3) Ausencia o impedimento

Otro aspecto significativo a tener en cuenta se refiere a la ausencia o impedimento de un coheredero, regulado en el art. 2326 del Cód. Civ. y Com., al señalar que los actos otorgados por un coheredero en representación de otro que está ausente o impedido transitoriamente se rigen por las normas de la gestión de negocios.

En ese sentido, se ha sostenido que la norma resuelve una situación que puede darse en la actualidad, en el marco de la pandemia que estamos atravesando: por ejemplo, que un heredero se vea en la necesidad de realizar actos ante la ausencia o el impedimento transitorio de otro, por lo que pensamos que tal impedimento puede ser circunstancial, es decir, que no se encuentre en el país, que se encuentre enfermo o, en nuestro caso, impedido de circular por haberse decretado el aislamiento social preventivo y obligatorio (17).

## 4) Medidas urgentes

El art. 2327 faculta al juez a ordenar, aun antes de la apertura del proceso sucesorio y con carácter previo, todas las medidas urgentes que requiere el interés común.

Entre ellas se prevé autorizar el ejercicio de derechos derivados de títulos valores, acciones o cuotas societarias, la percepción de fondos indivisos o el otorgamiento de actos para los cuales es necesario el consentimiento de los demás sucesores, si la negativa de estos pone en peligro el interés común, así como también puede designar un administrador provisorio, prohibir el desplazamiento de cosas muebles y atribuir a uno u otro de los coherederos el uso personal de estas.

## IV.4.b. Administración judicial

### 1) Actos conservatorios

El administrador judicial debe realizar los actos conservatorios de los bienes y continuar

el giro normal de los negocios del causante, pudiendo por sí solo enajenar las cosas muebles susceptibles de perecer, depreciarse rápidamente o cuya conservación es manifiestamente onerosa (art. 2353).

## 2) Actos de administración

Los actos de administración tienen por finalidad no solo la conservación del patrimonio hereditario, sino también la obtención de rentas, utilidades o productos que correspondieran de acuerdo con el destino económico del caudal relicto, como la continuación del giro comercial o de la explotación agropecuaria.

Asimismo, previa autorización judicial o de los copartícipes, si son plenamente capaces y están presentes, el administrador debe cobrar los créditos del causante, continuar las acciones promovidas por este, iniciar las que son necesarias para hacer efectivos sus derechos y presentarse en los procesos en los cuales el causante fue demandado (art. 2354).

## 3) Actos de disposición

La enajenación de bienes es un acto prohibido para el administrador, que no puede realizar por sí solo, ya que necesita acuerdo unánime de los herederos o, en su defecto, autorización judicial (art. 2354). La única excepción prevista es el supuesto de cosas muebles susceptibles de perecer, depreciarse rápidamente o cuya conservación es manifiestamente onerosa (art. 2353).

## 4) Medidas urgentes

Ante una urgencia que pueda producirse durante el período de aislamiento por la ausencia de un administrador judicial, al no haber sido designado, rehusar el cargo o demorar en aceptarlo o deber ser reemplazado, cualquier interesado se encuentra habilitado para solicitar medidas urgentes tendientes a asegurar sus derechos.

Entre esas medidas podemos mencionar la confección del inventario, el depósito de bienes y toda otra medida que el juez considere conveniente para la seguridad de estos, o la designación de un administrador provisional, siendo los gastos ocasionados por dicho pedido a cargo de la masa indivisa (art. 2352).

## IV.5. Testamento

La cercanía de la muerte, o al menos la posibilidad de su eventual acaecimiento, especialmente en personas mayores adultas, ha acelerado la necesidad de realizar un testamento que exprese la voluntad del causante para después de su muerte.

Sin embargo, a partir de la eliminación del testamento cerrado y los testamentos especiales, solo podrá contar con dos alternativas: el testamento por acto público y el ológrafo.

### IV.5.a. Testamento por acto público

El testamento por acto público es el realizado ante un notario. También denominado “testamento abierto”, se otorga mediante una escritura pública, ante el escribano autorizante y dos testigos hábiles, cuyo nombre y domicilio se deben consignar en la escritura (art. 2479).

Dada la situación de aislamiento, surgen algunas dudas acerca de la posibilidad de ac-

tuación de los mencionados profesionales a los fines de confeccionar este tipo de documento público.

Ello es así, toda vez que la actividad notarial ha quedado exceptuada de manera “relativa” del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, al ser considerada dentro de los denominados “servicios declarados esenciales” regulados en el dec. 297/2020 y sus modificatorios.

Destacamos el término “relativa”, toda vez que, por decisión administrativa 467/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, la actividad notarial ha sido incorporada dentro del listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, en los términos previstos en el dec. 297/2020, pero solo “cuando la misma se encuentre limitada exclusivamente a posibilitar el cumplimiento de las actividades y servicios de que da cuenta la precitada normativa u otra que pudiera en el futuro ampliar el listado de actividades y servicios esenciales, debiéndose otorgar los actos notariales del caso solo con la intervención de las personas indispensables para ello, evitando todo tipo de reuniones”.

Sin embargo, es importante señalar que, más allá de esta autorización genérica para todos los escribanos y limitada a tareas específicas, la abundante normativa vinculada al COVID-19 dictada en los últimos meses ha permitido dicha actividad a nivel provincial y regional. Así, nos encontramos con las decisiones administrativas JGM 763/2020 (18) (BO del 12/05/2020), 968/2020 (19) y 975/2020 (20) (BO del 05/06/2020), que permiten la labor notarial en algunas jurisdicciones.

Más allá de estas puntuales excepciones, debemos preguntarnos si la confección de un testamento por acto público debe ser considerada una actividad o servicio esencial para que el escribano o escribana puedan intervenir ante el requerimiento de una persona que tiene interés en expresar su última voluntad, sobre todo porque el notario o la notaria deben trasladarse con la documentación pertinente hasta el domicilio o, lo que es peor, al centro médico donde se encuentre el testador; además, a dicho lugar deberán concurrir los dos testigos exigidos, y ello no solo conlleva riesgos sanitarios, sino que posiblemente aquellos no cuenten con la autorización para exceptuarse del aislamiento y podrán ser sujetos de la comisión de un delito federal.

Así se ha expresado la doctrina notarial, al señalar que esto ocurre porque, en virtud del DNU 297/2020 y la decisión administrativa 467/2020, las notarías deben permanecer cerradas y solo pueden atender los requerimientos si son de los casos descriptos. Los documentos notariales autorizados deben contener en su texto el encuadramiento. De este modo, surge la posibilidad de su intervención: 1) en toda actividad protocolar o extraprotocolar que posibilite el cumplimiento de las actividades y los servicios exceptuados (art. 1º de la decisión administrativa 467/2020). Las actividades y los servicios exceptuados se enumeran en el art. 6º del DNU 297/2020 y en las siguientes decisiones administrativas posteriores: 429/2020, 450/2020, 467/2020, 468/2020, 490/2020, 524/2020 y 622/2020; 2) en la certificación gratuita de las firmas de los/las beneficiarios/as de la ANSeS tendientes a evitar sus desplazamientos (art. 2º de la decisión administrativa 467/2020); y 3) en

requerimientos impostergables o de fuerza mayor (art. 6º, inc. 6º, del DNU 297/2020) (21).

Al respecto, este último de los aspectos previsto en el art. 6º, inc. 6º, del DNU 297/2020 (“personas que deban atender una situación de fuerza mayor”) es el principal argumento que consideramos que podría invocar el o la escribana para cumplir con la confección del testamento; sostenemos que también podría argumentarlo un abogado, por ejemplo, en casos de violencia de género o detención de su cliente, o un arquitecto ante un desprendimiento de mampostería en un inmueble que represente un grave riesgo.

Respecto a la capacidad exigida para el testador por acto público, el nuevo Código ha simplificado la cuestión al haber prescindido de los términos “sordo, mudo y sordomudo” del Código de Vélez y disponiendo, en el art. 2467, inc. e), que es nulo el testamento “por ser el testador una persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y, además, no saber leer ni escribir...”; coincidimos con Pérez Lasala en que la prohibición alcanza a los tres, si no saben leer ni escribir, sin perjuicio de destacar que la norma establece una excepción, solo válida para esta clase de testamento: que se sirva de un intérprete, y en ese caso puede realizar el testamento, aunque sea analfabeto (22).

### IV.5.b. Testamento ológrafo

El testamento ológrafo es aquel que ha sido todo escrito, fechado y firmado por el testador (art. 2477). En tiempos de aislamiento, y en función de las dificultades señaladas respecto a la imposibilidad fáctica de testar por acto público, resulta ser una significativa opción para la expresión de la última voluntad.

Sin embargo, también es importante tener presente que la gran mayoría de los testadores carece de conocimientos técnicos para la redacción de las disposiciones de última voluntad, por lo que consideramos imprescindible el asesoramiento profesional de los abogados y escribanos mediante el uso de cualquiera de los medios de comunicación utilizados con más frecuencia en la actualidad (WhatsApp, Zoom, Meet, Skype, etc.) con el objetivo de evitar eventuales casos de ineficacia de los testamentos o de las disposiciones contenidas en él. Así, podrían asesorarlos respecto a la forma de redacción, la calidad de los beneficiarios, el límite de las porciones legítima y disponible, las eventuales mejoras previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación, la igualdad entre los herederos legítimos, etcétera.

Si bien el testamento ológrafo no requiere solemnidades especiales, debemos tener presente que, a los fines de instituir herederos y legatarios, debe ser redactado de manera que no deje dudas sobre la identidad de la persona instituida (art. 2484). En ese sentido, Zannoni expresa que la cuestión de la interpretación habrá de presentarse siempre y cuando deba adecuarse la literalidad a la significación pragmática que le dio, o ha de suponerse que le dio, el testador (23).

Empero, esta forma de testar tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Entre las primeras se encuentra el secreto acerca de la disponibilidad de los bienes, la comodidad del testador —ya que puede redactarlo en el lugar donde se encuentre, sin necesidad de trasladarse,

## { NOTAS }

(15) ROLLERI, Gabriel, “La administración hereditaria en el Código Civil y Comercial”, en *Los nuevos horizontes del derecho de familia y de las personas y la familia*. Liber Amicorum en homenaje a la Dra. Graciela Medina, Rubinzal-Culzoni Edit., 2019, p. 850.

(16) FERRER, Francisco A. M., “La indivisión hereditaria en el Anteproyecto del Código Civil”, JA 2012-III-1310.

(17) IGLESIAS, Mariana B. - SURRECO, María Mercedes - CARBONARI, Aldana V., “Herramientas para pre-

venir conflictos durante el estado de indivisión hereditaria en el contexto del aislamiento social por COVID-19”, LA LEY del 19/05/2020, p. 2.

(18) Exceptúa el cumplimiento del aislamiento social y la prohibición de circular en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, algunos municipios de la Provincia de Buenos Aires, y Gran Rosario y Gran Santa Fe de la Provincia de Santa Fe.

(19) Exceptúa el cumplimiento del aislamiento social y la prohibición de circular en algunos municipios de la pro-

vincia de Buenos Aires.

(20) Exceptúa del cumplimiento del aislamiento social y la prohibición de circular en algunos municipios de la Provincia de Buenos Aires.

(21) ARMELLA, Cristina N. - COSOLA, Sebastián J. - ESPER, Mariano - GUARDIOLA, Juan J. - LAMBER, Néstor D. - MOREYRA, Javier H. - OTERO, Esteban D. - SABENE, Sebastián E. - SALIERNO, Karina V. - SCHMIDT, Walter C. - ZAVALA, Gastón A., “Emergen-

cia, pandemia, tecnología y notariado. La autenticidad, la fe pública y la seguridad jurídica e informática”, Rubinzal Online.

(22) PÉREZ LASALA, José L., “Tratado de sucesiones (Código Civil y Comercial. Ley 26.994)”, Rubinzal-Culzoni Edit., Buenos Aires, 2014, t. II: “Parte especial”, p. 486.

(23) ZANONNI, Eduardo A., “Derecho de las sucesiones”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, 4ª ed., ps. 487/488.

mucho más en estos tiempos—, la gratuidad y la simplicidad de formas frente a las requeridas para el testamento por acto público. Entre los inconvenientes cabe señalar la imposibilidad de confeccionarlo por una afección de tipo física del causante, el riesgo de que sea destruido por algún familiar del testador o cualquier tercero a quien el documento perjudique, resultando, además, mucho más fácil la captación de voluntad, la violencia y su falsificación.

En relación con la capacidad, más allá de las exigencias previstas en el art. 2467 para evitar la nulidad del instrumento, a diferencia de lo que ocurre respecto de las limitaciones señaladas en el testamento abierto, en este caso el testador solo debe ser alfabeto y poder redactar de puño y letra su voluntad.

#### IV.5.c. Testamentos especiales

En el derogado Código de Vélez existían los denominados “testamentos especiales”, que eran aquellos destinados a utilizarse en circunstancias que impedían recurrir a las formas ordinarias y siempre que revistieran un carácter excepcional.

El Código Civil y Comercial los eliminó, expresándose en los Fundamentos del Anteproyecto que “se suprime la forma testamentaria denominada ‘testamento cerrado’ por carecer de uso en la práctica y por la complejidad de sus requisitos; otro tanto con los testamentos especiales previstos por Vélez Sarsfield en los arts. 3672 a 3689 del Cód. Civil, que hoy no se justifican”.

Así, se regulaban el testamento militar (para tiempos de guerra), el testamento “en los pueblos de campaña” (cuando, no habiendo escribano, era realizado ante el juez de Paz del lugar), el testamento marítimo (para quienes naveguen en buques de guerra o mercantes de bandera argentina, aunque surge la duda de su existencia en función de la vigencia del art. 124 de la ley 20.094 de Navegación) y, por último —ironías del destino—, el testamento por causa de peste o epidemia previsto en el derogado art. 3689 del Cód. Civil, que establecía: “si por causa de peste o epidemia no se hallare en pueblo o lazareto, escribano ante el cual pueda hacerse el testamento por acto público, podrá hacerse ante un municipal, o ante el jefe del lazareto, con las demás solemnidades prescritas para los testamentos por acto público”.

Finalmente, en la actualidad continúan vigentes tanto el testamento aeronáutico (art. 85

del Cód. Aeronáutico —ley 17.285—) como el consular, este último regulado en el art. 2646 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación.

#### IV.6. La herencia digital

Otro tema que nos parece necesario abordar es el de la “herencia digital” en tiempos del aislamiento social, preventivo y obligatorio. Sobre este aspecto nos preguntamos: ¿la emergencia y la imposibilidad de desplazamiento tienen alguna importancia al tiempo de transferir nuestro patrimonio digital para después de la muerte?

Para responder el interrogante, previamente debemos señalar que por “herencia digital” entendemos la totalidad de los bienes digitales que hemos generado durante la vida y que a nuestra muerte, en principio, pasan a nuestros herederos; es el denominado “patrimonio digital transmisible *mortis causa*”.

Sobre bienes digitales seguimos a Lamber, quien afirma que “el bien digital se caracteriza por ser inmaterial, incorpóreo en su naturaleza, que está almacenado, registrado o conservado en medios virtuales electrónicos o digitales, sea de modo local (propio ordenador, disco duro externo, etc.) o en servidores *clouding*, en la nube (Dropbox, iCloud), o de modo mixto, conservando todo el archivo localmente y su resumen o *hash* en la nube” (24).

Indiscutiblemente, la transmisibilidad de estos activos es más sencilla que el traspaso de los activos comunes en momentos de aislamiento forzoso y de imposibilidad de circular. Así, mientras no podemos transferir un inmueble ni realizar un testamento por acto público, por no poder contar con un notario, porque estamos internados —ya sea en un hogar de adultos mayores, cumpliendo un protocolo de aislamiento, o en una unidad de terapia intensiva—, sí podremos disponer de nuestra herencia digital con solo contar con un teléfono celular.

En cuanto a nuestras cuentas, tanto las electrónicas como las bancarias *online*, los servicios de pago (PayPal, Google Pay), las tiendas *online* (Amazon), las plataformas de criptomonedas, bastará con que transfiramos a quien queremos que nos suceda las respectivas claves para permitirle operar libremente.

Por otra parte, en relación con los perfiles en redes sociales y los datos de acceso, información del perfil, mensajes, imágenes y videos compartidos, ya sea en Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, WhatsApp, Google, Snapchat, Skype o YouTube, podemos designar un “contacto de legado”.

El “contacto de legado” es una expresión que no está incluida en nuestra legislación de

origen romanista, pero que surge de los contratos celebrados con las redes sociales, que son acuerdos que fijan reglas uniformes para los usuarios de todo el mundo. El contacto de legado es la persona que se designa para administrar las redes sociales a la muerte de otra, cuando la cuenta de Facebook se transforme en “conmemorativa”.

Como hemos señalado anteriormente, durante la pandemia, cuando las honras fúnebres y los funerales están limitados por la imposibilidad de reunión, la conmemoración que se puede hacer en las redes sociales cobra una importancia mayor; así, como en tiempos de coronavirus no se pueden dar instrucciones para los funerales, porque serán imposibles de cumplir, sí se podría ordenar que las redes sociales se transformen en conmemorativas, y también designar quién las va a administrar, sin moverse del hogar y sin necesidad de testar.

Estas disposiciones de bienes o expresiones de voluntad para después de la muerte se logran, no por medio de una forma testamentaria de disposición de bienes, sino mediante un simple *click*. Si bien es cierto que las personas pueden llevarlas a cabo sin asesoramiento jurídico, también es innegable que el profesional de las ciencias jurídicas a quien se le consulte sobre la planificación sucesoria no puede ignorar que es conveniente expresar la voluntad sobre estos aspectos tanto mediante las reglas uniformes como mediante instrumentos autónomos o mediante testamentos.

Otro aspecto importante del contenido digital es el destino a dar a sus cuentas de correo, ya que el correo electrónico es un tema de notoria sensibilidad. Así, puede haber datos en el correo electrónico del causante que sean necesarios para el ejercicio de derechos frente a terceros, así como documentos importantes y archivos digitales enviados o recibidos por el causante.

Al respecto, es necesario señalar que la protección de datos y el secreto de las comunicaciones son también aspectos delicados, pues se puede tener acceso a información de terceros revelada al causante pero no a sus herederos. Por ello resulta conveniente planificar qué ocurrirá con la cuenta de correo en caso de fallecimiento o en el caso de que una persona quede con alguna importante discapacidad.

Por ejemplo, si la cuenta es de Google y se trata de Gmail, este sistema permite que el usuario decida cuándo va a considerarse inactiva la cuenta para estimar que la persona ha fallecido o tiene una incapacidad y qué debería hacerse con sus datos.

Es importante poner de relieve que el titular del correo electrónico puede decidir qué

compartir y con quién, o pedir que se elimine su correo. Todo ello se realiza desde el “administrador de cuentas inactivas” de Gmail, para referirnos a una de las cuentas de correo más numerosas y conocidas, que permite a los usuarios compartir parte de los datos de su cuenta o enviar una notificación para advertir que su cuenta ha estado inactiva durante un período determinado, lo que permite presumir la muerte de una persona o su incapacidad.

Por otra parte, el usuario puede decidir cómo se comunicará su muerte; esto es muy importante en tiempo de coronavirus, cuando el aislamiento limita las comunicaciones reales y nos circunscribe a comunicarnos digitalmente.

En este aspecto, se puede programar la cuenta para que los contactos se enteren de su inactividad. Así, cuando la cuenta está inactiva, los contactos recibirán un mensaje de correo electrónico con la línea del asunto y el contenido que el causante escribió durante la configuración.

Por supuesto, si nadie comunica a la empresa prestadora del servicio de correo electrónico el fallecimiento del titular y continúa accediendo con sus claves, lo hará bajo su responsabilidad, ya que estaría vedado a los herederos, alegando su carácter de tales, y podría constituir incluso un ilícito penal, el utilizar el correo electrónico del fallecido para el envío o la solicitud de información haciéndose pasar por el causante.

Lo recomendable es que los herederos, haciendo constar su carácter de tales, comuniquen el fallecimiento de la persona, sus datos de contacto y la decisión de dar de baja la cuenta de correo electrónico, función que podría encomendarse a un “albacea digital”, una especie de *community manager post mortem* que estaría encargado de dar a las relaciones digitales del causante el final deseado por este.

En conclusión, en épocas de aislamiento es más sencillo disponer de nuestros activos digitales para después de la muerte que de nuestros bienes materiales. También es cierto que digitalmente puedo programar cómo quiero que se me recuerde, qué recuerdos quiero transmitir y cuáles eliminar con más sencillez que la disposición de mis honras fúnebres, dificultadas por la imposibilidad de reunión. Pero también es cierto que existen grandes vacíos legales que día tras día son cubiertos por los usos y costumbres digitales o por las contrataciones estándares que se nos presentan, que nos demuestran la necesidad de la regulación del testamento digital, al menos en lo referente a nuestra identidad digital, al igual que se ha realizado en muchos países de la Comunidad Europea.

Cita on line: AR/DOC/1830/2020

#### { NOTAS }

(24) LAMBER, Néstor D., “Los bienes digitales en la herencia”, DFyP 2019 (junio), 91, AR/DOC/1495/2019.

## Indivisión forzosa de la herencia o de un bien en particular

VIENE DE TAPA

### II. La indivisión impuesta por el testador

#### II.1. Dos alcances posibles de la indivisión decretada por el testador

La norma del art. 2330 del Cód. Civ. y Com., titulada “Indivisión impuesta por el testador”, contempla dos situaciones distintas: que el testador imponga la indivisión de la herencia en general, como un conjunto de bienes o una universalidad; y que el testador decrete, en

cambio, la indivisión de un bien determinado, un establecimiento industrial o comercial que constituya una unidad económica, o las partes sociales, cuotas, o acciones de una sociedad de la cual es socio o accionista principal.

En el primer caso, la indivisión es por el plazo máximo de diez años; en el segundo también, pero el testador puede, solo en este supuesto, extender la indivisión y hacerla regir hasta que todos los herederos lleguen a la mayoría de edad.

Hay tres aspectos de la norma del art. 2330 del Cód. Civ. y Com. que merecen un breve comentario:

a) El primero es un tema de fondo y tiene que ver con la posibilidad que se le reconoce al testador de decretar la indivisión de toda la herencia.

La facultad parece excesiva.

Cuando la indivisión se refiere a un bien en particular, un establecimiento comercial o industrial, o la participación mayoritaria en una sociedad que lleva adelante un negocio determinado, puede haber muchas razones que justifiquen la indivisión.

El testador puede considerar que no es prudente atomizar un paquete accionario que tiene el control de una sociedad, o puede pensar que la división apresurada de un establecimiento productivo que constituye una unidad económica puede provocar rencillas o tironeo entre los herederos que terminen por comprometer la marcha del negocio, o puede querer que un inmueble urbano —de por sí indivisible— se mantenga por un tiempo en la familia.

Pero en el caso de la herencia como universalidad de bienes, la posibilidad de imponer la indivisión genérica y absoluta puede ser gravosa para los herederos y contraria al

interés general. Imaginemos una comunidad hereditaria compuesta por tenencias financieras, créditos de distinta índole (2), automóviles, inmuebles urbanos dados en alquiler, obras de arte, y otros bienes de cualquier índole. La indivisión forzosa conduciría a un bloqueo del patrimonio y les impediría a los herederos avanzar hacia una partición en especie que contemplara los variados intereses de cada uno de ellos.

El art. 51 de la ley 14.394 —antecedente de la norma actual—hablaba de “la indivisión de los bienes hereditarios” y no de la “indivisión de la herencia”, como lo hace el precepto del Código Civil y Comercial (3).

Es que, desde el punto de vista práctico, la indivisión de toda la herencia resulta una posibilidad excesiva; si hay bienes concretos que, por sus características u otras circunstancias del mercado, no es aconsejable dividir en lo inmediato, bastaría con que el testa-



por impusiese la indivisión de esos bienes en particular, como está previsto en el inc. a) del art. 2330 del Cód. Civ. y Com.

Hay que tener en cuenta, además, que, a tenor de lo establecido por el art. 2334, párrafo segundo, del Código actual, “los acreedores de los coherederos no pueden ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal de este”. Si la indivisión impuesta por el testador abarcara toda la herencia en general, los acreedores de los herederos se verían impedidos de hacer efectivos sus derechos, lo que constituiría un perjuicio evidente para ellos y una ventaja desproporcionada para los herederos deudores.

b) El segundo es un aspecto semántico o formal. Si el inc. a) del art. 2330 del Cód. Civ. y Com. le permite al testador imponer la indivisión de “un bien determinado” —sin ninguna otra especificación—, no tiene sentido que el inc. b) de la misma norma autorice la indivisión de “un establecimiento comercial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica”.

La expresión del inc. a) abarca y hace innecesaria la ejemplificación del inc. b).

c) El tercer cuestionamiento se refiere a la posibilidad que se le reconoce al testador de imponer la indivisión de un bien determinado hasta que todos sus herederos alcancen la mayoría de edad.

Si el causante instituyera herederos a sus sobrinos —de distintas ramas—, y uno de ellos —por caso, el hijo menor de su hermano menor—tuviera uno o dos años de edad, el bien en cuestión debería quedar indiviso por dieciséis o diecisiete años, lo que parece francamente excesivo.

La razón para dilatar la división hasta que todos los herederos fueren mayores de edad no se entiende mucho.

Si alguno de los involucrados en la partición fuera menor de edad, esta tendría que ser judicial, como lo establece el art. 2371, inc. a) del Cód. Civ. y Com. Esta partición la realizaría un partidor; y el menor actuaría a través de su representante legal, aunque también podría intervenir directamente —si su grado de madurez se lo permitiera—, asistido por un letrado (4).

## II.2. La administración de los bienes durante la indivisión

El supuesto de la indivisión forzosa de la herencia o de un bien determinado por un plazo que puede llegar a los diez años, o más aún si uno de los herederos es menor de edad, lleva a pensar en la administración de los bienes sujetos a la indivisión durante todo ese lapso.

Al respecto, puede ocurrir que el testador haya designado en el testamento un administrador de la herencia indivisa o del bien particular cuya indivisión estableció. Sobre el punto, el art. 2347 del Cód. Civ. y Com. prevé que “el testador puede designar uno o varios administradores y establecer el modo de su

reemplazo”. El administrador nombrado por el testador tiene derecho a una remuneración; y el art. 2349 del Cód. Civ. y Com. prevé que sea el mismo testador quien fije la remuneración del administrador.

En el supuesto caso de que el causante no hubiera designado un administrador, se aplicarán las normas del cap. I del tít. VI referidas a la administración extrajudicial, o las del cap. 4 del tít. VII que regulan la administración judicial de la sucesión. Las primeras contemplan la posibilidad de que los herederos actúen por sí mismos —en cuyo caso, se requiere unanimidad en las decisiones—o que designen a alguno o a un tercero como mandatario. La administración judicial del sucesorio requiere el nombramiento de un administrador.

### II.3. El cese anticipado de la indivisión

El plazo máximo de la indivisión está estipulado por el art. 2330 del Cód. Civ. y Com. en diez años. Es un plazo bien prolongado; y por eso la norma advierte que “cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a este” (5).

Para evitar las derivaciones negativas de la indivisión dispuesta por el testador, el art. 2330 que estamos analizando dispone: “El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad”.

La posibilidad de anticipar el cese de la indivisión es sensata, pues diez años es un tiempo largo y en su transcurso pueden presentarse innumerables situaciones que hagan que la indivisión se vuelva una mala solución.

Hay que destacar, sin embargo, que el acortamiento del lapso de la indivisión está admitido con un carácter excepcional o restrictivo. Así se deduce de los términos mismos de la ley, que alude a circunstancias graves y a razones de manifiesta utilidad. El coheredero que reclama el cese prematuro de la indivisión tiene que fundar su pretensión en razones poderosas y objetivas. Desde mi punto de vista, no bastaría con que el heredero que impulsa la partición anticipada de la herencia o del bien indiviso invoque y demuestre una necesidad particular de beneficiarse con el producido de la venta que a él le correspondería. Esta es una expectativa o un motivo que guarda relación con la conveniencia del peticionante, pero no parece ser, en principio, una circunstancia grave o una razón de manifiesta utilidad, como una causa externa que aconseje proceder en sentido contrario a la voluntad del causante que les impuso a sus herederos la indivisión.

Por lo demás, el planteo tiene que ser resuelto por el juez —lo que no permite imaginar una pronta solución—, y es bastante probable que los coherederos que se encuentren en una situación económica más consistente se opongan a la división anticipada, como un signo de acatamiento de la voluntad del causante o como una estrategia tendiente a

obtener alguna ventaja respecto de los coherederos interesados en apresurar la división y la venta.

A título de ejemplo, el coheredero que se opone a la indivisión anticipada podría ofrecerle al más débil y, necesitado de fondos, adquirirle su parte en la indivisión a través de una cesión onerosa y en un precio inferior al del valor real de los bienes involucrados.

### III. La indivisión convenida por los mismos coherederos

De los cuatro supuestos de indivisión sucesoria previstos en el Código Civil y Comercial, este es el que menos problemas trae, porque aquí la indivisión es el resultado o la consecuencia de un pacto entre los herederos.

Las otras hipótesis son más complejas, porque la indivisión la impone el testador —en la figura del art. 2330 del Cód. Civ. y Com.— o la pretende el cónyuge supérstite o uno de los herederos cuando se reúnen las condiciones previstas en los arts. 2332 y 2333 del mismo Código.

En el caso que ahora nos ocupa nadie impone ni fuerza la indivisión, sino que esta es el resultado de la decisión común de todos los coherederos.

Al respecto, la norma del art. 2331 del Cód. Civ. y Com. es clara y no plantea grandes dificultades. El primer párrafo del art. 2331 describe la figura: “Los herederos pueden convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de la partición provisional de uso y goce de los bienes entre los copartícipes”. Y el párrafo tercero agrega algo que suena bastante obvio: “Estos convenios pueden ser renovados por igual plazo al término del anteriormente establecido”.

Con todo, la figura que estamos analizando plantea, a mi modo de ver, dos cuestiones interesantes:

1. La primera tiene que ver con la enunciación legal de las causas que pueden dar lugar a que alguno de los herederos requiera el cese anticipado de la división convenida.

En los otros supuestos —el de la indivisión impuesta por el testador y el de la requerida por el cónyuge o por alguno de los coherederos—la indivisión puede terminar antes del plazo establecido, siempre que medien “circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad”.

En el presente caso, el pedido de uno de los herederos para que cesen los efectos del acuerdo celebrado solo exige que se invoquen “causas justificadas”. En la hipótesis de la indivisión acordada por los mismos herederos no se requieren circunstancias graves ni razones de manifiesta utilidad para adelantar el cese de la indivisión pactada. El matiz es llamativo, pues, si fueron los propios herederos los que convinieron la indivisión, la

posición de quien ahora quiere desligarse de lo establecido tendría que ser juzgada o apreciada con criterio riguroso, dado que denota un cambio de actitud y, en cierta manera, una voluntad contraria a los actos propios anteriores y vinculantes (6).

2. La segunda cuestión —que es más grave— no tiene que ver con los coherederos directamente alcanzados por la indivisión, sino con los acreedores de los herederos, los que, a tenor de lo prescripto por el art. 2334 del Cód. Civ. y Com., están también directa o indirectamente afectados por la indivisión.

Porque el segundo párrafo del artículo citado establece: “Durante la indivisión, los acreedores de los coherederos no pueden ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal de este, pero pueden cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondientes a su deudor”.

La limitación de los derechos de los acreedores durante la indivisión es de un impacto tremendo.

Si el bien indiviso fuera un campo ganadero; o el paquete accionario de una sociedad anónima con un emprendimiento comercial; o un taller mecánico en la zona de Palermo, los acreedores de los herederos solo podrían ejecutar sus créditos con relación en las crías del plantel, los dividendos que la sociedad decidiera distribuir o las ganancias —por lo general bastante depreciadas— del taller, y no podrían avanzar sobre la tierra, sobre las acciones, ni sobre el inmueble en el que funciona el taller mecánico.

La situación puede volverse muy comprometida para los acreedores, porque el art. 2331 del Cód. Civ. y Com. que estamos analizando admite que, vencido el plazo de diez años, los herederos puedan renovar la indivisión por diez años más.

El riesgo es que los herederos, conscientes de que alguno o algunos de ellos atraviesan por problemas económicos, se refugien en la indivisión y la prorroguen como una suerte de escudo o de valla contra la acción de los acreedores.

La facultad resulta de la ley y, ante una situación semejante, los acreedores no tendrían otro remedio que recurrir a la escurridiza y compleja figura del fraude legal para superar el obstáculo que les impide algo tan simple y natural como querer cobrar normalmente sus créditos ejecutando los bienes de su deudor.

### IV. Indivisión requerida por el cónyuge supérstite

El art. 2332 del Cód. Civ. y Com. le reconoce al cónyuge supérstite el derecho a oponerse a la partición de un establecimiento industrial o comercial que constituya una unidad económica o de las cuotas o acciones de una sociedad o de la vivienda por el plazo de diez años, salvo que el bien cuya indivisión se requiera pueda adjudicarse dentro de su lote.

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogado (Universidad Católica Argentina). Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Católica Argentina). Exprofesor de Derecho Civil II, Obligaciones (UBA). Exprofesor ordinario titular de Derecho Civil V, Familia y Sucesiones (UCA). Exdirector del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires

(1) La redacción original del art. 3462 del Cód. Civil no era clara, pues también podía entenderse que la mayoría solo podía decidir la forma y no el fondo del acuerdo particionario.

(2) Los créditos del causante integran ahora la masa partible, pues ya no rige el art. 3485 del Cód. Civil que

disponía que los créditos y las deudas se dividían de pleno derecho.

(3) Comentando esta norma de la ley 14.394, apunta Azpíri: “Para que ello ocurra, es necesario que se cumplan dos requisitos esenciales. El primero de ellos consiste en que la indivisión recaiga sobre un bien determinado o sobre un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica. De forma tal que la indivisión no abarcará toda la herencia sino un bien determinado”. (AZPIRI, Jorge O., “Derecho Sucesorio”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 4ª ed., p. 408).

(4) Respecto de la participación directa del menor en

la partición y en el proceso judicial respectivo, el art. 26 del Cód. Civ. y Com. dispone: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada”. Y el art. 677 del mismo Código establece: “Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada”. Adolescentes son los mayores de trece años.

(5) En la nota al art. 3452, Vélez Sarsfield trae a colación el art. 815 del Código de Napoleón destacando que “permite convenir en suspender la partición por un tiempo que no pase de cinco años”. Al hablar de convenir, el Código francés está aludiendo a un acuerdo entre coherederos y no a una imposición del testador.

(6) Quizás hubiera sido más razonable permitir con más amplitud el cese anticipado de las indivisiones impuestas por el testador, el cónyuge, o un heredero —en las situaciones de los arts. 2330, 2332 y 2333 del Cód. Civ. y Com.—, y restringir la posibilidad de requerir la partición adelantada en el supuesto de un pacto de indivisión celebrado por los mismos coherederos.

El derecho tiene un significado y una trascendencia verdaderamente notables y, desde mi punto de vista, un tanto exagerados.

#### *IV.1. Los supuestos en los que el cónyuge puede oponerse a la partición*

Como la norma del art. 2332 del Código trata diversos supuestos, conviene precisar los casos y las situaciones que habilitan al cónyuge a forzar la indivisión:

a) Puede oponerse a la partición si se trata de un establecimiento que constituya una unidad económica adquirido o constituido en todo o en parte por él con fondos gananciales (7).

La expresión de la ley requiere que la adquisición o la constitución del establecimiento la haya realizado el supérstite. Si la compra la efectuó el cónyuge fallecido con bienes gananciales, el supuesto no se configuraría. Aunque la ley no lo precisa, si el establecimiento hubiera sido constituido o adquirido por el cónyuge supérstite con fondos propios suyos, no formaría parte de la sucesión del fallecido.

En este supuesto el Código solo requiere que el cónyuge sobreviviente haya “adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento”. La fórmula es imprecisa. En lo que se refiere a la adquisición, podría darse el caso de que los fondos gananciales aplicados a la compra del establecimiento hubieran representado una proporción menor y que la fábrica o el comercio o el campo fueran, en sustancia, un bien propio del cónyuge prefallecido, o que el bien hubiera sido adquirido por ambos cónyuges, habiéndose abonado la mayor parte del precio con fondos gananciales del prefallecido.

También podría darse el caso de que el cónyuge supérstite hubiera participado de la constitución o del montaje del establecimiento, pero que ello hubiera ocurrido sobre un inmueble propio del causante.

b) También puede oponerse si el establecimiento industrial o comercial no fue adquirido con fondos gananciales, pero el cónyuge “participa activamente en su explotación”.

En este punto, la ley no distingue el carácter y la naturaleza de la participación del cónyuge, ni precisa tampoco si debe tratarse de una participación extendida en el tiempo u ocasional.

La participación activa en la explotación del establecimiento puede tener múltiples fisonomías y alcances. Porque, ¿qué significa participar activamente en la explotación de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que conforme una unidad económica? ¿Significa dirigirlo codo a codo con el marido o la mujer? ¿o puede también tratarse de una colaboración formal o informal, de una ayuda en la gestión del negocio? ¿Solo participa activamente el cónyuge que ocupa un cargo directivo o gerencial? ¿o participa también quien se desempeña como un simple empleado? ¿El apoderado o el asesor participan activamente de la explotación?; El cónyuge que

se encarga de la distribución de los productos o del manejo del personal, ¿participa activamente de la explotación? Desde el punto de vista temporal, ¿se requiere que el cónyuge haya participado a lo largo de los años? ¿o basta que lo haya hecho en los últimos tramos de la convivencia, cuando la decadencia o la muerte cercana comenzaban a aparecer en el horizonte?

La utilización del tiempo presente — “que participa activamente de la explotación”— podría llevar a admitir la pretensión del cónyuge que comenzó a intervenir en la gestión del establecimiento luego del fallecimiento del causante (8).

Como puede verse, la fórmula utilizada por la ley deja demasiadas preguntas y no de fácil respuesta.

Podría ocurrir que el cónyuge que ahora se opone a la partición se hubiera casado con el titular del establecimiento uno o dos años antes de producirse la muerte; y que los hijos del causante hubieran tenido participación activa en la explotación del establecimiento hasta que el padre o la madre se casaron de nuevo.

La adquisición o constitución del establecimiento con fondos gananciales es un hecho objetivo y certero; la participación activa en la explotación es una pauta ambigua, demasiado flexible, que puede dar lugar a conflictos y problemas de una importancia nada desdeñable.

c) El cónyuge puede oponerse a la partición de las partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad de la cual es socio o accionista principal.

La descripción de este supuesto tampoco es afortunada. Aquí la ley no requiere que las partes sociales o las cuotas, o las acciones, hayan sido adquiridas por el cónyuge supérstite con fondos gananciales; lo único que exige es que este sea “principal socio o accionista de la sociedad”.

Si los derechos sociales pertenecían en origen al cónyuge luego fallecido y se los atribuyó al supérstite con motivo de la partición consecuencia de haber optado por el régimen de separación de bienes, este podría oponerse a la partición. Si las cuotas sociales o las acciones las posee el supérstite, porque el causante se las legó en el testamento; o si las recibió de un fideicomiso constituido en vida por el cónyuge fallecido, el supérstite podría requerir la indivisión.

d) Por último, el cónyuge puede forzar la indivisión de “la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales” y los muebles existentes en el inmueble.

La hipótesis hace pensar en el derecho real de habitación en favor del cónyuge que regula el art. 2383 del Cód. Civ. y Com.

Pero el alcance es distinto, porque, en el presente caso, no se trata de un derecho real

de habitación, sino de la posibilidad de oponerse a la partición.

En algún sentido el planteo de la indivisión es más amplio, porque les impide a los coherederos avanzar en la partición; y en otro sentido es más restringido, porque no se le reconoce al cónyuge que tiene posibilidades de procurarse otra vivienda, ni en el caso de que el inmueble pueda adjudicarse en la hijuela del cónyuge.

El derecho real de habitación no hay que pedirlo —pues la ley lo otorga de pleno derecho—; y rige, aunque el inmueble asiento del hogar conyugal hubiera sido un bien propio del causante.

También es importante remarcar que el derecho real de habitación no se extiende a los muebles; y que la oposición a la partición sí los abarca, lo que puede constituir un exceso si los muebles son valiosos y exceden lo que puede entenderse como el equipamiento habitual de una vivienda.

#### *IV.2. El plazo de la indivisión y la posibilidad de su prórroga*

Con el mismo criterio establecido en el supuesto de la indivisión forzosa impuesta por el testador y en el pacto de indivisión celebrado por los coherederos, la ley faculta al cónyuge supérstite a oponerse a la partición “por diez años a partir de la muerte del causante”, como dice el tercer párrafo del art. 2332 del Cód. Civ. y Com.

Este plazo —que es largo—suena razonable y concuerda con el que rige en los otros supuestos de indivisión.

El problema es que el art. 2332 que regula la indivisión requerida por el cónyuge establece que esta “puede ser prorrogada judicialmente a pedido del cónyuge sobreviviente hasta su fallecimiento”.

La posibilidad resulta francamente excesiva; y puede ser muy perjudicial para los otros herederos y para los acreedores de los sucesores del causante (9).

Si se tratara de un establecimiento industrial o comercial o agrícola-ganadero que se mantiene indiviso a pedido del cónyuge, los hijos del causante —por caso—no podrían recibir por un plazo que podría ser larguísimo la parte que les corresponde en el bien que era en parte de su padre o de su madre, aunque el cónyuge hubiera invertido fondos gananciales en la adquisición o participara activamente de la explotación.

Ocurriría lo mismo si el pedido de indivisión se refiriera a las partes o cuotas o a las acciones de una sociedad de la cual el supérstite es socio principal.

Pero el daño no solo lo pueden experimentar los otros herederos, sino que lo sufren también los acreedores de los que tienen parte en el bien indiviso, pues, como se ha dicho, el art. 2334 del Cód. Civ. y Com. establece: “Durante la indivisión, los acreedores de los coherederos no pueden ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal de este”.

El art. 53 de la ley 14.394 preveía la posibilidad de que el cónyuge se opusiera a la partición, pero lo hacía por el plazo máximo de diez años, y no contemplaba la prórroga de la indivisión hasta la muerte del cónyuge.

#### *IV.3. El cónyuge supérstite tiene derecho a administrar el bien indiviso*

La norma del art. 2332 del Cód. Civ. y Com. que estamos comentando le reconoce al cónyuge un estatus de predominio sobre los otros coherederos que puede llevar a situaciones difíciles de digerir.

Porque el cónyuge supérstite no solo puede requerir la indivisión de un establecimiento o del paquete de una sociedad por el plazo de diez años; y puede solicitar que la indivisión se prorrogue indefinidamente hasta el momento de su muerte, sino que también goza del derecho que la ley le reconoce de administrar el bien durante todo el lapso de la indivisión.

Así está dispuesto en el cuarto párrafo del art. 2332: “Durante la indivisión, la administración del establecimiento, de las partes sociales, cuotas o acciones corresponde al cónyuge sobreviviente”.

Y no es que tiene que pedirle al juez que lo designe como administrador: la ley le reconoce este derecho en forma automática. Aunque el marido o la mujer del causante no tengan antecedentes ni experiencia, ni aptitudes especiales como para estar al frente del establecimiento o de la sociedad, la ley les confía, en principio, el derecho de asumir la administración del bien indiviso.

#### *IV.4. Las posibilidades de los coherederos para hacer cesar la indivisión*

El escenario que hemos descripto hasta aquí es netamente favorable a la posición y a los intereses del cónyuge supérstite.

Los otros coherederos pueden cuestionar el reclamo del cónyuge tendiente a que se decrete la indivisión de un bien y se le confíe la administración, probando que no se reúnen los requisitos previstos en la norma legal.

En este sentido podrían demostrar que el establecimiento industrial, comercial, agrícola-ganadero o de cualquier otra índole fue adquirido por el causante y no por el cónyuge supérstite, aunque sea con bienes gananciales, podrían demostrar que el establecimiento figura a nombre de ambos cónyuges y que el derecho a requerir la indivisión requiere que el bien haya sido adquirido por el sobreviviente, o que la participación del cónyuge en la explotación del establecimiento no fue activa ni decisiva, o que fue interesada, porque solo se materializó en los últimos tramos de la convivencia conyugal, o cualquier otra circunstancia que impida o neutralice los amplios derechos que la ley le reconoce al cónyuge supérstite.

De no ser así, los coherederos podrían igualmente requerir el cese anticipado de

## { NOTAS }

(7) La referencia a que el establecimiento constituye una unidad económica no es del todo clara y puede dar lugar a algunos equívocos. Comentando la norma del art. 53 de la ley 14.394 —que utiliza el mismo giro—, apunta Azpiri: “En el primer caso, la protección se brinda a la actividad que ha sido productora de bienes para que tal fuente de ingresos no se destruya con la partición. De allí que se requiera la exigencia de que constituya una unidad económica por cuanto si excediera de esa condición, la partición es perfectamente posible” (AZPIRI, Jorge O., “Derecho Sucesorio”, Ed.

Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 4ª ed., p. 410). El alcance de la última afirmación del distinguido autor es cuestionable, porque la unidad económica se interpreta como una dimensión mínima o básica, apta para la producción. En materia agropecuaria, y dependiendo de las zonas, hay superficies que no alcanzan el mínimo como para ser catalogadas como unidad económica. Pero, por encima de ese nivel, y tratándose de superficies mayores, el campo no deja de ser una unidad económica, sino que continúa siéndolo, con mayor potencial.

(8) Al respecto llama la atención que, al considerar el derecho del cónyuge a oponerse a la partición, el art. 2332 se refiere al “que participa activamente en su explotación”; en cambio, cuando se trata en el art. 2333 el derecho de uno de los herederos, se le reconoce el derecho al que “antes de la muerte el causante, ha participado activamente en la explotación de la empresa”. El hecho de que, al regular el derecho del cónyuge, no se haya precisado que la participación tenía que ser desde antes de la muerte del causante da pie a pensar que el compromiso del cónyuge con

la gestión del establecimiento puede comenzar luego de la muerte del causante, lo que resulta, a primera vista, excesivo.

(9) Al respecto, es interesante lo que opina Rolleri: “En definitiva, con esta singular modificación nos encontramos ante un supuesto en el cual el cónyuge supérstite lograría oponerse a la división de dicha unidad económica, la que podría transformarse en vitalicia” (ROLLERI, Gabriel, “Indivisión forzosa de la herencia, ¿transitoria o vitalicia?”, LA LEY, 2016-E-923; DFyP, octubre de 2016; Cita online AR/DOC/2831/2016).



la indivisión ya instalada “si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifiquen la decisión”, como dice el art. 2332 del Código en su quinto párrafo.

Aunque la ley no se refiere al punto, es lógico suponer que los coherederos también le podrían solicitar al juez que aparte al cónyuge de la administración del bien indiviso, si su actuación fuera deficiente o no rindiera cuentas, o por cualquier otra circunstancia atendible.

En lo atinente a la indivisión del inmueble en donde hubiera estado asentado el hogar conyugal, la parte final del art. 2332 establece la posibilidad de que los coherederos soliciten el cese anticipado de la indivisión “si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades”.

El precepto nada dice de los bienes muebles, pero, aplicando el criterio por analogía, puede concluirse que si estos tienen un valor considerable porque son objetos de arte, cuadros de firma, tapices, alfombras, muebles o adornos de calidad superior; y si el cónyuge posee bienes y recursos como para suplantarlos por otros que cumplan la misma función, los coherederos deberían poder pedir la venta anticipada de los muebles que originariamente adornaban el inmueble ocupado por los cónyuges.

#### IV.5. Un factor objetivo que neutraliza la oposición del cónyuge a la partición

El art. 2332 del Cód. Civ. y Com., que regula la oposición del cónyuge a la partición de algún bien, —en los supuestos analizados—, establece en dos pasajes que la oposición no puede tener lugar —o no debe prosperar—, cuando el bien pretendidamente indiviso puede serle adjudicado al cónyuge en su lote.

La fórmula —que no es prolija, pues, no habiendo partición, no puede hablarse del lote del cónyuge—significa que si el valor del bien que se quiere mantener indiviso equivale o es inferior a la parte proporcional que podría corresponderle en la partición del acervo, el cónyuge tiene que incorporarlo dentro de su hijuela y no puede plantear la indivisión del bien y la partición de los otros que conforman el conjunto de la herencia.

En un ejemplo, si al causante lo suceden la cónyuge y un hijo, y el total del acervo tiene un valor de cien, la esposa supérstite no puede reclamar la indivisión de un establecimiento comercial que vale cuarenta y la división inmediata del resto de los bienes por mitades, porque lo razonable, en tal caso, es que ella se adjudique el establecimiento dentro de su hijuela y que el hijo del causante se atribuya otros bienes hasta cubrir el valor de cincuenta que le corresponde.

El criterio es razonable e impide que el cónyuge se abuse de la facultad que le confiere el art. 2332 del Cód. Civ. y Com., reclame la indivisión del establecimiento que constituyó o adquirió, o en cuya explotación participa, y pretenda también la atribución de la proporción que le corresponda sobre el conjunto de los otros bienes. Lo mismo ocurre con las cuotas o las acciones de la sociedad de la cual es socio

principal, o con el inmueble en donde estaba asentado el hogar conyugal. Si el valor de alguno de estos bienes entra dentro de la hijuela ideal del cónyuge supérstite, el reclamo de la indivisión se vuelve innecesario y estéril (10).

#### V. Oposición de un heredero a la partición de un establecimiento que constituye una unidad económica

El art. 2333 del Cód. Civ. y Com. extiende los derechos reconocidos en favor del cónyuge y los refiere a alguno de los herederos.

El texto de la norma —que conviene reproducir—es el siguiente: “En las mismas circunstancias que las establecidas en el art. 2332, un heredero puede oponerse a la inclusión en la partición del establecimiento que constituye una unidad económica si, antes de la muerte del causante, ha participado activamente en la explotación de la empresa”.

Como se verá enseguida, la remisión o el traslado de lo dispuesto con relación al cónyuge a uno cualquiera de los herederos no es total.

El precepto transcripto indica claramente que el heredero solo puede oponerse a la partición de un establecimiento industrial, comercial, agrícola, ganadero, minero, o de cualquier otra índole en cuya explotación él estuviera participando activamente desde antes de la muerte del causante.

Lo que se dice en el art. 2332 del Cód. Civ. y Com. sobre el bien constituido o adquirido total o parcialmente por el cónyuge, o sobre la sociedad de la cual es socio principal, o de la vivienda que fue sede del hogar conyugal, con sus muebles, no corre para el heredero (11).

Este solo tiene derecho a plantear la indivisión respecto de un establecimiento en cuya explotación hubiera participado. Las dudas y cuestionamientos expuestos en el apart. IV.1.b) del presente trabajo valen con relación al heredero.

Porque es verdad que lo que busca la ley es favorecer la continuidad del esfuerzo que el heredero venía desplegando en la explotación del establecimiento, pero este propósito solo se justifica si la participación del heredero en la explotación del establecimiento es significativa y —podría agregarse— si está instalada en los hechos y se mantiene con cierto grado de estabilidad desde un tiempo anterior a la muerte del causante.

El derecho a frustrar la partición entre los coherederos no puede beneficiar a quien, ante la inminencia de la muerte del causante, se fabrica un lugar en la gestión de la empresa para utilizar la indivisión del establecimiento en su beneficio.

Es importante reparar en que —al igual que el cónyuge— el heredero que plantea la indivisión queda a cargo de la administración del bien indiviso durante todo el lapso en que esta se mantenga.

También hay que pensar si la facultad que el art. 2332 del Cód. Civ. y Com. le reconoce al cónyuge supérstite de prorrogar la

indivisión hasta su muerte se extiende y se aplica también al coheredero que participa de la explotación del establecimiento y reclama su indivisión. La norma del art. 2333 comienza diciendo que el derecho del heredero se otorga “en las mismas circunstancias que las establecidas” respecto del cónyuge; y no está muy claro si este beneficio de forzar la prórroga tiene un propósito tuitivo de la figura del supérstite viudo o si también corre en favor del coheredero que plantea la indivisión.

#### VI. Conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos pasado revista a los distintos supuestos de indivisión de la herencia o de algunos de los bienes de la herencia que el Código Civil y Comercial presenta y regula en el cap. 2 del tít. VI, bajo el título “Indivisión Forzosa”.

Las figuras son varias; y no todas tienen el mismo alcance.

Al tratarlas en particular hemos expresado nuestro juicio no siempre favorable acerca de los dispositivos legales.

A modo de síntesis, las principales conclusiones que pueden extraerse de las distintas hipótesis de indivisión forzosa son las siguientes:

1. No se advierte bien cuál puede ser el propósito de autorizar al testador a decretar la indivisión forzosa de toda la herencia. La posibilidad parece excesiva y, salvo algún caso muy especial, constituye un avance injustificado del causante sobre la autonomía y la discrecionalidad de los herederos para manejar su patrimonio.

Hay que notar que, a diferencia de los otros supuestos en los que la indivisión se le solicita al juez y este la decreta si la considera justificada, en el caso del art. 2330 del Cód. Civ. y Com. la indivisión es impuesta por el testador y puede importar un condicionamiento del derecho de los legítimos.

2. La indivisión forzosa por un plazo mayor a diez años, hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, no es una solución atinada.

La posibilidad figuraba en la ley 14.394, pero la esfera de autonomía de los menores ha crecido considerablemente en la actualidad.

3. La renovación del pacto de indivisión entre coherederos por nuevos períodos de diez años puede constituir un fraude para los acreedores.

4. El derecho del cónyuge supérstite a oponerse a la partición de algunos bienes de la herencia está reconocido y regulado con exagerada amplitud. En particular, la pauta de la participación activa en la explotación del establecimiento cuya indivisión se quiere obtener es incierta, ambigua, y va a generar problemas de interpretación y aplicación a los casos que se presenten.

5. La misma crítica vale para la indivisión requerida por uno de los coherederos comprometido en la gestión del establecimiento del causante. La norma no profundiza en las características de espontaneidad, estabilidad

y desinterés de la participación del heredero en el negocio del causante, y estas indefiniciones pueden dar lugar a conflictos de importancia.

6. Por último, el análisis de los distintos casos de indivisión nos lleva a plantearnos qué ocurriría si se superpusieran los distintos supuestos. Porque bien podría ocurrir que el causante estableciera en su testamento la indivisión de la herencia por el plazo de diez años, o la de un establecimiento industrial o comercial por el mismo lapso, y que el cónyuge o la cónyuge supérstite también quisieran pretender y favorecerse con la indivisión del mismo establecimiento. ¿La indivisión decretada por el causante neutraliza y frena el pedido que, en el mismo sentido, quisieran realizar el cónyuge o alguno de los herederos? El tema tiene interés práctico, porque el causante podría haber nombrado un administrador con arreglo a lo estipulado por el art. 2346 del Cód. Civ. y Com., lo que chocaría con la facultad de administrar que el art. 2332 del mismo Código le confiere al cónyuge. En el testamento, al imponer la indivisión de un establecimiento en particular, el causante podría mencionar la activa participación de uno de los herederos en la explotación de la empresa y dar a entender que no hubo tal activa participación de parte del cónyuge. Estas manifestaciones del testador, ¿constituyen pautas válidas que se proyectan sobre el derecho del cónyuge y de los herederos a impulsar la indivisión, superponiéndose con lo resuelto por el causante?

Como resulta de las consideraciones que han ido brotando del estudio de los distintos supuestos legales, hay varias cuestiones —y de trascendencia— que tienen que ser pulidas por la doctrina y por la jurisprudencia.

Este trabajo es un primer aporte que quizás merezca la atención y el interés de otras voces interesadas en sumar su visión respecto de este interesante tema del derecho sucesorio.

Cita on line: AR/DOC/1950/2020

#### MÁS INFORMACIÓN

**Moore, Felipe**, “El testamento ológrafo en época de pandemia de COVID-19”, LA LEY 19/05/2020, 1, AR/DOC/1148/2020

**Mariana B. - Surraco, María Mercedes - Carbonari, Aldana V.**, “Herramientas para prevenir conflictos durante el estado de indivisión hereditaria en el contexto del aislamiento social por COVID-19, Iglecias”, LA LEY 19/05/2020, 1, AR/DOC/1458/2020

**Abalos Jamaux, Ladislao R.**, “Hechos delictivos que afectan al acervo hereditario: legitimación del heredero para intervenir como querellante particular”, DPYC 2020 (mayo), 129, AR/DOC/969/2020

**Hernández, Lidia B. - Ugarte, Luis A.**, “La interpretación de un testamento en el cual se instituyó a un legatario con cargo”, LA LEY 2019-F, 216, DFyP 2020 (mayo), 111, AR/DOC/3663/2019

#### LIBRO RECOMENDADO

**Tratado de Derecho de la Sucesión**  
Autor: Coyena Copello, Héctor Roberto  
Edición: 2019  
Editorial: La Ley, Buenos Aires

#### { NOTAS }

(10) La pauta legal tiene lógica, pues, si la finalidad última de la oposición a la partición es asegurar la continuidad de la explotación y la productividad de la unidad económica, estos valores también se preservan asignando el bien en la hijuela del cónyuge. Con todo, el criterio —que es razonable— podría ser leído como una ventaja más para el cónyuge. Porque el coheredero po-

dría preferir conservar sus derechos a la atribución del establecimiento, aunque este tuviera que mantenerse indiviso por un tiempo prolongado. La salvedad de la última parte del primer párrafo del art. 2332 del Cód. Civ. y Com. parece asignarle una preferencia solo al cónyuge, cuando la atribución preferencial del art. 2380 pone al cónyuge y al heredero en un pie de igualdad. Si el heredero

no también participó en la formación del establecimiento, puede preferir la indivisión antes que la atribución en favor del cónyuge que solo adquirió una parte menor o que tuvo una participación menos significativa en la gestión.

(11) En el caso de la vivienda, es razonable que la oposición solo pueda reclamarla el cónyuge, pues en ese in-

mueble estuvo radicado el hogar conyugal y es probable que el peticionante de la indivisión continúe ocupándolo. Estas notas no están presentes en el caso del heredero. En este mismo sentido, se pronuncia SABENE, Sebastián E., “Abordaje comparativo del condominio, la comunidad hereditaria y la indivisión postcomunitaria”, LA LEY, 2019-C, 781; AR/DOC/1556/2019.



## NOTA A FALLO

## Abuso del derecho

**Implementación de un proceso de regionalización decidido unilateralmente por la empresa de telefonía contratante. Obrar abusivo. Rescisión del contrato justificada. Daños.**

Si la rescisión dispuesta por quien comercializaba productos de una em-

presa de telefonía tuvo su causa en la decisión comercial de esta última de regionalizar la actividad de las agencias, corresponde admitir la demanda de daños por el obrar abusivo de la demandada, pues su conducta implicó una restricción sustancial a la actividad que debía desplegar la contraria, sin que haya mediado por parte de la defendida un ofrecimiento concreto de

readecuar la ecuación económica contractual.

**122.604** — CNCom., sala F, 03/12/2019. - Cellulares, Buenos Aires c. AMX Argentina S.A. s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/46324/2019]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informaciónlegal.com.ar> o en Preview]

## Abuso del derecho y contradicción con actos propios como conductas desestabilizadoras en los contratos

Sebastián J. Cancio (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Los hechos y la litis.— III. La sentencia de primera instancia.— IV. Los fundamentos de la alzada.— V. El abuso del derecho.— VI. Ir contra el acto propio.— VII. Conclusión.

### I. Introducción

El pilar fundamental del andamiaje normativo nacional en materia de contratos lo constituye la buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, o con base en lo que las partes verosímilmente pretendieron. En este contexto, referir a cláusulas abusivas, abuso del derecho, abuso de situación de dependencia económica o venir contra el acto propio es aludir a los variopintos rostros de la mala fe.

El fallo bajo análisis es de particular interés por tres cuestiones: a) desde lo puramente práctico, porque ayuda a comprender —a través de ejemplos— el verdadero sentido y alcance de la “buena fe”, un término fácil de conceptualizar, pero difícil de definir; b) desde lo estrictamente teórico, porque obliga a categorizar las conductas de las partes en el marco de los diferentes institutos jurídicos que regulan las conductas desestabilizadoras de los contratos; y c) desde lo deóntico, porque obliga a replantearse cómo y de qué manera deben perfeccionarse las demandas para no recaer en excesos innecesarios.

### II. Los hechos y la litis

La actora, Cellulares Buenos Aires SA (en adelante, CBA), una empresa comercializadora de equipos y servicios de telefonía, tenía con la demandada AMX Argentina SA (en adelante, AMX) desde el año 2004 un contrato de comercialización de equipos y servicios telefónicos. En el año 2006, a instancias de AMX este contrato mutó a uno de agencia.

La relación contractual se llevó adelante con normalidad, hasta que, en el año 2014, invocando un “proceso de regionalización”, AMX hizo ejercicio de cláusulas que le per-

mitían modificar unilateralmente el contrato. De este modo, la demandada redujo el ámbito de actuación del agente y, consecuentemente, la cantidad de equipos y servicios que este podía comercializar. Ante esta situación, y luego de intercambio epistolar informal y formal, CBA dio por rescindido el contrato en razón del accionar de AMX, por cuanto esta, desnaturalizando (a su modo de ver) la esencia del contrato, le producía perjuicios económicos de diversa índole.

En orden a esta plataforma fáctica, CBA entabló demanda contra AMX, reclamando indemnización por los daños y los perjuicios sufridos. Dentro del daño emergente denuncia comisiones no cobradas a la fecha de rescisión, comisiones incorrectamente liquidadas y daños provocados por modificaciones abusivas. Por su parte, integra el lucro cesante con los rubros de expectativa lógica de continuidad del negocio por el lapso de diez meses y potenciación de clientela.

A su vez, reclama también la nulidad de ciertas partes del contrato, por abusivas y leoninas (las que, entre otras cosas, habrían dado lugar al cobro de comisiones indebidamente). Indica haberse encontrado bajo el “dominio” de la accionada, quien ejerció sobre ella su “posición dominante” y explotó su “estado de necesidad y dependencia”.

Corrido el traslado de ley, AMX contestó demanda. Plantea que la causa debe resolverse con base en las disposiciones del Código velezano e interpone excepción de prescripción respecto del pedido de nulidad del contrato y también con relación a los reclamos por comisiones mal devengadas.

tración Pública (UCM). Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UCC). Presidente de AEDSIA. Vocal de Comisión Directiva en AIDA.

## Contrato de agencia y situaciones abusivas

María Laura Frisicale (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. El abuso del derecho.— III. El abuso de la posición dominante.— IV. El abuso de la relación de dependencia.— V. Nuevos tipos contractuales en el Código Civil y Comercial.— VI. Conclusión.

### I. Introducción

En el fallo en comentario, “Cellulares, Buenos Aires c. AMX Argentina SA s/ ordinario”, un agente exclusivo de venta de telefonía celular accionó por los daños y perjuicios causados a partir del proceso de regionalización que le había impuesto la demandada. El agente demostró que sus ingresos disminuyeron luego de que AMX Argentina SA hubiera modificado el ámbito territorial en que debía desempeñar su actividad. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, condenó a la demandada. Sostuvo que había ejercido abusivamente su derecho al regionalizar el sistema de distribución en perjuicio del agente.

El caso en comentario no es un fallo aislado. Son numerosas las decisiones jurisprudenciales sobre situaciones abusivas en las relaciones entre empresarios del sistema de distribución (1). Este tipo de casos se caracterizan

por una relación asimétrica, a causa de la dependencia económica y técnica del distribuidor (2). Si bien poseer una posición dominante en el mercado forma parte del derecho constitucional a ejercer una industria lícita, la asimetría que la caracteriza facilita situaciones abusivas. En el año 1971, Farina ya alertaba sobre algunos posibles abusos: (i) las rescisiones contractuales intempestivas; (ii) las exoneraciones de responsabilidad del productor; y (iii) la facultad del productor de modificar unilateralmente la estructura del circuito de distribución (3). Para proteger al empresario débil muchos tribunales argentinos han resuelto estos casos a través del art. 1071 del Cód. Civil (ley 340) (4).

En este comentario se reflexiona sobre la incorporación de nuevas figuras al Código Ci-

CONTINÚA EN PÁGINA 13

### { NOTAS }

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogada, Universidad Nacional del Sur. Magíster en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario. Miembro del proyecto de investigación “Derecho, Economía e Instituciones: Defensa del Consumidor”, Universidad Nacional del Sur.

(1) CNCom., sala D, 11/09/2002, “To Talk SA c. Miniphone SA s/ ordinario”, LA LEY, 2003-F, 1016, AR/JUR/6371/2002. CNCom., sala A, 13/02/2014, “GSM Grupo Soluciones Móviles SA c. AMX Argentina SA s/ ordinario”, AR/JUR/5556/2014. CNCom., sala E, 19/10/2010, “Palma Comunicaciones SRL c. Telecom Personal SA s/ ordinario”. CNCom., sala E, 11/11/2009, “Nova Pharma Corporation SA c. 3M Argentina Sociedad Anónima y otros s/ ordinario”, LA LEY, 2010-B, 740, con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas, AR/JUR/58869/2009. CNCom., sala C, 19/11/2013, “TV Sat. S. M. Andes SRL y otro c. Direct TV Argentina SA s/ ordinario”. CNCom., sala F, 06/06/2017, “Canoura, Salvador c. La Salteña SA s/ ordinario”. CNCom., sala C, 21/09/2007, “Signus Electrónica SA c. CTI Compañía de Teléfonos s/ ordinario”, citapublicación: 70051052. CNCom., sala D, 02/03/2012, “Semillas del Sur SRL c. Pioneer Argentina SA s/ ordinario”. CNCom., sala D, 12/03/2019, “Swing Car SA c. Kia Argentina SA s/ ordinario”. CNCom., sala D, 28/03/2019, “Monachesi, Carlos A. c. CTI Compañía de Teléfonos del Interior y otros s/ ordinario”.

(2) Para Rivera, la subordinación técnica y la económica son elementos que deben ser tenidos en cuenta al momento de la interpretación y aplicación de algunas previsiones contractuales. RIVERA, Julio C., “Cuestiones vinculadas a los contratos de distri-

bución”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 1993, t. 3, RC D 791/2012. FARINA, Juan M., “El contrato de concesión en el derecho privado, en especial la concesión para la venta de automotores”, JA 1971-718. LORENZETTI, Ricardo L., “Tratado de los contratos”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 1999, t. I, ps. 510 y 521. GALGANO, Francesco, “La *subfornitura*. Entre descentralización productiva e integración empresarial”, *Responsabilidad Civil y Seguros*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 74. LORENZO, Juan M., “El agente de comercio y su carácter no laboral”, DT 2016 (junio), 1209, AR/DOC/1287/2016.

(3) FARINA, Juan M., “El contrato de concesión...”, ob. cit., p. 721. Si bien sus afirmaciones se refieren a los contratos de concesión, sus conclusiones son extensibles a los contratos de distribución.

(4) Según Rivera, la expresión “contratos de distribución” es una denominación que genéricamente abarca distintas figuras de la realidad económica: la agencia, la concesión y la distribución propiamente dicha. RIVERA, Julio C., “Cuestiones vinculadas a los contratos de distribución”, ob. cit. Existen numerosos precedentes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que aplican la doctrina del abuso del derecho. Un ejemplo de este tipo de casos en los contratos de concesión es el de la CNCom., sala B, 14/03/1983, “Cilam SA c. Ika Renault SA”, LA LEY, 1983-C, 233. En los contratos de distribución: CNCom., sala A, 28/06/2013, “D. G. Belgrano SA c. Procter & Gamble Argentina SRL s/ ordinario”, AR/JUR/38833/2013. En los contratos de agencia: CNCom., sala C, 25/10/2012, “Niro SA c. Renault Argentina SA y otros s/ ordinario”, AR/

### { NOTAS }

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogado (UCC). Viramonte Abogados - Socio, SC LEGAL NETWORK - Director. Doctor en Política y Gobierno (UCC, 2016). Doctor en Gobierno y Adminis-



● VIENE DE PÁGINA 10

Manifestó que todo lo ocurrido durante la relación contractual fue consentido por la propia actora, de manera expresa o con actos demostrativos. Añadió que durante toda la vigencia del contrato la actora lo cumplió sin hesitaciones, obteniendo considerables ganancias que le permitieron amortizar cualquier riesgo empresarial asumido. Puntualizó también que el hecho de que un contrato sea de adhesión no implica que sus cláusulas sean abusivas.

Finalmente, planteó la improcedencia de la rescisión del contrato efectuado por la actora.

### III. La sentencia de primera instancia

La resolución del inferior analizó en primer término la excepción de prescripción interpuesta por la demandada contra la acción de nulidad parcial del contrato y el cobro de ciertas comisiones.

Respecto de la nulidad de las cláusulas del contrato, el juez entendió que, si bien era cierto que la accionante había introducido el pedido en su libelo inicial, no era esta la verdadera razón de ser de la acción interpuesta. Esta claramente trataba sobre el cobro de una indemnización por la rescisión del vínculo comercial al que se habría visto obligada por la conducta reprochable de la demandada. Por esto, la defensa de prescripción (art. 4030, Cód. Civil) respecto del pedido de nulidad parcial del contrato debía ser rechazada.

También fue rechazada la defensa de prescripción interpuesta por la demandada respecto del cobro de comisiones. Esto, en tanto no sería de aplicación el art. 851 del Cód. Com., por cuanto este refiere específicamente al caso del “corredor”, no asimilable al del agente. Así entonces, siendo que “la extensión analógica de un plazo de prescripción dispuesto para un determinado supuesto de hecho a otro está proscripta como método hermenéutico”, corresponde encuadrar el caso en el plazo genérico decenal previsto en el art. 846 del mismo código.

El rechazo de ambas defensas de prescripción fue establecido con costas a la perdidosa.

Seguidamente y con base en el análisis de prueba diversa, entre otras la pericial contable y algunas testimoniales, el *a quo* determinó que existía evidencia suficiente para dar razón a la actora en lo concerniente a la responsabilidad de la demandada por la extinción del contrato de agencia.

Aclaró también que —en efecto— los contratos de adhesión no tenían por qué tener una connotación negativa *per se*, en tanto se trataba de una modalidad contractual lícita y habitual. Del mismo modo, manifestó que el carácter “dominante” de la demandada no implicaba en sí mismo un obrar antijurídico. No obstante, entendió que el obrar de AMX conformó una conducta abusiva, en tanto que el proceso de regionalización supuso un perjuicio definitivo para el negocio de la accionante. Esto constituyó causa directa del daño que justificó la rescisión efectuada por la actora.

En este orden de ideas hizo lugar a veinte de los veintiún rubros reclamados como daño emergente.

Respecto del lucro cesante, el juez inferior redujo a seis meses la pretensión de “expectativa por continuidad del negocio” e hizo lugar al rubro “pérdida de clientela”. Este último fue el rubro más importante de toda la resolución (casi cien millones de pesos).

Ambas partes apelaron. La actora se agravió por la extensión de algunos rubros indemnizatorios. La demandada acerca de todos los puntos del decisorio. El expediente se radicó en segunda instancia en la sala F.

### IV. Los fundamentos de la alzada

La metodología de resolución del *thema decidendum* propuesta por la Cámara fue la siguiente:

1) Primero, analizar los planteos de prescripción interpuestos por la demandada.

2) En segundo lugar, y de acuerdo con lo decidido respecto de la prescripción, dilucidar las cuestiones principales: a) si el proceso de “regionalización” acometido por la demandada configuraba un obrar abusivo y causa suficiente para la rescisión, y b) la procedencia y la cuantificación de los diferentes rubros reclamados por el actor en su demanda.

Así, con relación al planteo de prescripción concerniente al pedido de nulidad del contrato, la Cámara entendió que la solución a la que arribó el *a quo* fue correcta. Si bien la redacción del libelo pudo prestarse a confusión o inducir a error, no hay dudas de que la demanda tenía por objeto obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados del supuesto incumplimiento del contrato. Sin embargo, precisamente en razón de esta vaguedad a la hora de demandar, las costas por esta cuestión debían imponerse por el orden causado (entendiendo, además, que la accionada contaba con otros remedios para hacer frente a esta oscuridad, como la excepción de defecto legal).

Del mismo modo, la alzada consideró que la solución alcanzada respecto de la prescripción del cobro de comisiones era la adecuada: no correspondía aplicar el plazo bianual del art. 851 del Cód. Com., sino el más favorable a la existencia de la acción, que en este caso era el decenal.

Así las cosas, continuando con el *iter* lógico establecido para resolver, la Cámara se abocó a establecer si en el caso había existido o no una conducta abusiva de la demandada que justificara la rescisión contractual de la accionante.

Sobre esta cuestión, la alzada también coincidió con el tribunal de primera instancia, por razones casi idénticas. A partir de la prueba colectada en la etapa oportuna, determinó que el proceso de regionalización llevado a cabo por AMX generó a la actora perjuicios económicos relevantes. Este proceso en sí mismo supuso una actitud abusiva que a la postre sirvió de causa para la rescisión del contrato.

Al fundar su postura, echó mano al instituto del abuso del derecho consagrado en el art. 1071 del Código velezano. Afirmó que “así como no cabe desvirtuar los fines sociales y económicos en cuya virtud la ley (o derecho objetivo) ampara el ejercicio de los derechos subjetivos, si no se quiere incurrir en abuso del derecho (art. 1071), así también los contra-

tantes deben abstenerse de caer en una falta de lealtad o probidad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esto, so pena de la sanción que el ordenamiento legal establece; ya al someter al incumplimiento a las consecuencias de la rescisión culpable; ya al brindar legitimidad a la excepción de incumplimiento deducida por la contraparte; ya al autorizar la pertinente condena resarcitoria de daños y perjuicios” (1).

A ojos de la Cámara, desde una valoración dinámica de la prueba quedó comprobado que el proceso de regionalización no solo produjo pérdida de remuneraciones a la actora (disminución de territorio, disminución de clientes, disminución de tarjetas SIMs para comercializar), sino que en sí mismo configuró una modificación unilateral y abusiva de la demandada respecto de los términos esenciales del contrato. Además, esto habría sido conocido por AMX a través de comunicaciones informales (correos electrónicos), llegando incluso esta a proponer alternativas (no proporcionales) reconociendo en cierto modo el perjuicio que la otra parte sufría.

Así las cosas, respecto de este punto concluyó la alzada: “De las circunstancias descriptas, se desprende sin dudas que el proceso impuesto por la demandada importó una alteración esencial del contrato, pues modificó la ecuación económica del negocio, que claramente fue un punto medular tenido en cuenta por el agente al momento de decidir embarcarse en esta actividad” (2).

Resuelto esto, tocaba tratar la cuestión de la procedencia y la cuantificación de los diferentes rubros reclamados por la actora en su demanda. Previo a ello, la Cámara aclaró que el hecho de que hubiera quedado demostrado el obrar abusivo de la demandada respecto del proceso de regionalización no implicaba hacer lugar a todos los rubros reclamados por la actora, más aún teniendo en cuenta que muchos de ellos no tuvieron su origen en este hecho puntual. Adentrándose en el análisis de la procedencia de estos rubros, el autor del voto efectuó esta advertencia: “considero preciso señalar que revisten especial importancia los hechos y actos de los contratantes durante la vigencia del convenio y la conducta asumida antes, durante y después de la formación del mismo” (3).

En este sentido, de la prueba aportada al proceso surgió que entre los años 2006 y 2012 las partes celebraron anualmente “acuerdos de conciliación”. Estos consistían en convenios de cierre de cuentas de deudas y créditos generados en cada periodo, en donde libremente y de común acuerdo manifestaban que nada se adeudaban en adelante en razón de los conceptos descriptos, renunciando irrevocablemente a cualquier tipo de reclamos.

Sobre el particular, el voto indicó con acierto, citando a Rouillon, que “la conducta asumida por las partes, en la etapa de ejecución del contrato, resulta decisiva a la hora de interpretarlo pues se trata de actos propios, reveladores de su real intención, a veces más elocuentes que las propias palabras —*facta concludentia*—” (4).

Se introdujo entonces aquí como argumento la llamada doctrina de los actos propios, teoría aceptada por la Corte Suprema desde vieja data, dejando en claro que el modo en que las partes ejecutan el contrato es la mejor prueba acerca de la verdadera intención contractual, en tanto que constituye la explicitación en los hechos de aquello que resulta dudoso en las meras palabras. Lo que, adaptado al caso bajo análisis, supone que no puede considerarse irrestricta la facultad de impugnar actos que han sido consentidos.

Así, teniendo en cuenta que entre 2006 y 2012 las partes suscribieron los convenios de conciliación y que hasta 2014 (momento de la rescisión) la actora continuó ejecutando

el contrato sin efectuar planteo alguno, mal podía luego a la hora de demandar pretender una indemnización por el “pago incorrecto de comisiones” (más teniendo en cuenta que esta pretensión era ajena a la causa que dio origen a la disputa).

De esta manera, la Cámara entendió que la posición de la actora respecto de estos rubros suponía una conducta contraria a derecho. O, dicho con mayor crudeza, que “se verifica aquí la mala fe de la accionante, pues resulta una sinrazón que: a) durante 6 años firmó acuerdos de conciliación de cuentas sin efectuar el más mínimo reclamo; b) facturó liquidaciones sin mencionar ningún error ni conducta abusiva de su adversaria; y, c) al momento de reclamar por el proceso de regionalización in-sinuó vagamente esta cuestión y no demostró que antes hubiera generado un conflicto entre las partes” (5).

En este orden de ideas, la Cámara acotó la confirmación de los rubros que componían el daño emergente únicamente a aquellos relacionados a la causa de la rescisión, a la vez que redujo algunos por desproporcionados y directamente rechazó otros por ser ajenos al núcleo del litigio.

Con relación en el lucro cesante, estableció la indemnización por preaviso en 8 meses, contando uno por cada año de vinculación contractual entre 2006 y 2014. Sin embargo, a la hora de tratar los agravios concernientes a la “pérdida de clientela”, fustigó duramente la decisión del inferior, haciendo lugar al planteo de la demandada en cuanto a que este rubro era improcedente, además de desmesurado. En efecto, comprobó la Cámara, el contrato que unía a las partes establecía que podía ser rescindido sin causa por cualquiera de las partes, sin otro requisito que el preaviso de 60 días. En este entendimiento la actora no podía tener expectativa a percibir un resarcimiento de su contraria por clientela en ningún momento. Y, citando jurisprudencia de la propia sala para un caso similar, remató con solidez: “en las relaciones en que el fabricante solo utiliza la organización empresarial de su distribuidor para vender el producto, la clientela pertenece al producto y no al que lo comercializa” (6).

### V. El abuso del derecho

#### V.1. El artículo 1071 del Código Civil

A la hora de resolver la cuestión central del litigio la Cámara echó mano al instituto del abuso del derecho, contenido en la segunda parte art. 1071 del Cód. Civil. Indica la citada norma que “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Inexorablemente surge la pregunta: si los contratantes deben ceñirse a la letra de lo convenido como si fuera una ley privada, ¿qué autoriza esta intromisión de uno de los poderes del Estado a la esfera de autonomía de voluntad de las partes?

Decía Spota que el abuso del derecho se daba cuando “una persona ejerce su prerrogativa jurídica o un derecho subjetivo, pero desviando los finalismos éticos, sociales o económicos que el derecho objetivo ha tenido en cuenta para otorgar o amparar esa prerrogativa jurídica o ese derecho subjetivo” (7).

El art. 1071 establece una doble directiva para determinar cuándo es abusivo el ejercicio de un derecho. La primera —según opinión de Porcherot y Jossierand— alude al ejercicio de un derecho en contrariedad con el objeto de su institución, su espíritu y su finalidad. La segunda, cuando el ejercicio de un derecho excede el valladar impuesto por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (8).

### { NOTAS }

(1) Extracto del pto. b) de los considerandos (“Prueba de la abusividad”).

(2) *Ibid.*

(3) Extracto del pto. 4 de los considerandos.

(4) *Ibid.* Con cita: ROUILLON, Adolfo N.A., “Código de Comercio comentado y anotado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 452 y ss.

(5) Extracto del pto. 4.c. de los considerandos.

(6) Extracto del pto. 4.5.2 de los considerandos.

(7) SPOTA, Alberto G., “Instituciones de derecho civil. Contratos”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, vol. I, p. 52.

(8) LOUTAYF RANEA, Roberto G., “Abuso del derecho”, SJA 17/06/2015, 24, AR/DOC/5027/2015.

Dicho esto, cabe preguntarse bajo cuál de los indicadores encuadran los hechos probados en el caso de marras. ¿Violó el accionar de la demandada el espíritu de la norma que le reconocía la libertad de contratar? ¿Fue su proceder contrario a la buena fe, la moral o las buenas costumbres?

Desafortunadamente, los considerandos bajo análisis no arrojan mucha luz sobre la cuestión. La resolución eleva su propia vara al decir: “a fin de decidir si la modificación de las cláusulas contractuales de un contrato como el de autos implica abusividad o no, resulta necesaria una ponderación de todas las circunstancias inherentes a la vinculación examinada en todos sus aspectos y conjuntamente, realizándose una valoración dinámica y no estática relacionada exclusivamente con la pérdida de remuneraciones”. Sin embargo, seguidamente procede a efectuar un análisis exclusivamente económico acerca de los efectos que la modificación del contrato provocó a la actora.

Esto traslada el cuestionamiento a otro punto: las pérdidas económicas o de viabilidad del negocio de la actora, ¿justificaban encasillar el caso como abuso de derecho? ¿Qué espíritu normativo fue vulnerado? ¿Cómo se vieron afectadas la buena fe, la moral o las buenas costumbres? La pregunta no deja de ser importante, en tanto el contrato fue suscripto libremente por ambas partes. No obstante la asimetría económica, ninguna de ellas podía ser considerada vulnerable (como lo sería un consumidor, p. ej.). El contrato otorgaba expresamente la facultad a la demandada de modificarlo, con la única condición de efectuar un preaviso que fue cumplimentado. Simplemente ocurrió que el negocio (de la forma en que venía transcurriendo) se vio alterado para una de las partes. Pero esto no ocurrió por animosidad o capricho, sino en el marco de un proceso general de regionalización que la demandada encaró como plan de negocio. Y nadie puede negar que la demandada tenía derecho de poner en marcha el plan de negocios que mejor cupiera a su estrategia empresarial. ¿Podría simplemente la situación de la actora estar comprendida dentro de lo que se conoce como riesgo empresario?

Las respuestas a estos interrogantes entrañan necesariamente respuestas de contenido axiológico y hasta ideológico. Y esto ocurre por la vaguedad de la prescripción del art. 1071 del Cód. Civil (que tristemente no fue corregida a la hora de trasladarla al art. 10, Cód. Civ. y Com.).

Ciertamente, el instituto contenido en el art. 1071 del Cód. Civil y ahora en el art. 10 del Cód. Civ. y Com. otorga un poder demasiado amplio a los jueces para determinar cuándo el ejercicio de un derecho es abusivo o no. Esto afecta la autonomía de la voluntad de las partes y el ejercicio de sus derechos, además de provocar la inseguridad jurídica que precisamente intentaba evitar el instituto. Al decir de Yzquierdo Tolsada, “se corre el riesgo de des-tecnificar las instituciones, ante la comodidad que supone prescindir de toda construcción dogmática y escapar hacia la noción de abuso del derecho cada vez que el juez, el práctico o el estudioso no puedan, no sepan o no quieran argumentar con el debido esfuerzo” (9).

Quizá pueda aceptarse este exceso de confianza a la hora de la reforma impuesta por la ley 17.711 (que introdujo el instituto), pero ciertamente habría sido positivo un mayor

esfuerzo de precisión y técnica legislativa a la hora de la sanción del Código Civil y Comercial. En efecto, si bien la noción de “buena fe” se encuentra fuertemente arraigada y aceptada a nivel doctrinal, habría sido un avance la eliminación de alusiones a la moral y las buenas costumbres. Entre otras cosas porque la moral opera a nivel individual (no intersubjetivo como el derecho) y las buenas costumbres son cambiantes y opinables. Esto evitaría arbitrariedades y también contradicciones, como el propio nombre del instituto “abuso del derecho”, que supone una contradicción tanto lógica como gramatical imperdonable. Esto, en tanto que si se ejerce un derecho el acto es necesariamente lícito, porque si se convierte en ilícito deja de ser un derecho (10).

### V.2. Contratos de adhesión y cláusulas abusivas

Al interponer la acción, la actora hizo hincapié en el carácter abusivo de los términos del contrato, por tratarse este de un contrato de adhesión.

La cuestión fue tratada en el fallo de primera instancia, al indicar el juez que los contratos de adhesión en sí mismos no pueden tener connotaciones negativas, en tanto solo configuran una —de entre tantas— formas de contratación. En efecto, lo relevante para el juzgador era discernir si este contrato era utilizado para provocar daño a la parte adherente, es decir, mediante el abuso de cláusulas lícitas o el ejercicio de cláusulas abusivas.

La sentencia de segunda instancia tocó el tema solo de manera tácita, englobando estas consideraciones en el tratamiento de la teoría del abuso del derecho, tal y como se señaló más arriba.

En cualquier caso, el tema merece atención en aras de responder las preguntas que se fueron formulando en el desarrollo de este análisis. La libertad contractual de la actora, ¿se vio afectada por tratarse el vínculo de un contrato de adhesión? Si bien el caso fue juzgado a la luz de la normativa anterior vigente (Código Civil), parece aceptable traer a colación (al puro efecto especulativo) la definición superadora (11) acerca de este tipo de contratos contenida en el art. 984, Cód. Civ. y Com.: “El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.

Si bien esta norma no estaba vigente al tiempo de acaecimiento de los hechos de marras, la construcción jurisprudencial y doctrinal había ya arribado a definiciones parecidas, dejando en claro que se trataba de una modalidad de contratación lícita (aunque abogados e incluso jueces suelen utilizar la terminología de manera peyorativa o como cubierta por un manto de sospecha).

Ciertamente, los contratos de adhesión suponen un menoscabo a la libertad contractual paritaria, al verse el adherente ante la opción —impuesta por el predisponente— de aceptar los términos del contrato como están o no aceptarlos, sin posibilidad alguna de discutir su contenido. Continuando con el análisis especulativo, el art. 988 del Cód. Civ. y Com. establece claras directrices para detectar cláusulas abusivas en este tipo de contratos: a) cuando desnaturalicen las obligaciones

del predisponente; b) cuando supongan renuncia o restricción a derechos del adherente o amplíen derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; y c) las llamadas cláusulas sorpresivas o inesperadas.

Descartado este último *item*, huelga preguntarse si la cláusula que permitía la modificación del contrato por parte de la demandada realmente recaía en uno de los tipos de cláusulas abusivas para contratos de adhesión descriptos como a) y b).

Resulta lógico que la modalidad contractual de adhesión genere cautela y reparos al tratarse de contratos que involucran a consumidores o grupos vulnerables. ¿Pero es razonable que así sea cuando quienes contratan son dos empresas, más allá de la asimetría económica que pueda existir entre ellas? En este sentido se expresa Krieger al decir: “Sostenemos, además, que en los contratos de adhesión empresariales la limitación de la autonomía de la voluntad se manifiesta en forma diferente, dado que el empresario al momento de adherir hace todo un análisis de conveniencia o no del negocio, a diferencia de los individuos” (12).

Por esta línea de razonamiento inevitablemente se regresa al cuestionamiento acerca de los alcances del riesgo empresario (tema que lamentablemente no recibió tratamiento por parte de la Cámara).

### V.3. Abuso de posición dominante en el mercado y abuso de situación de dependencia económica

Tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia aludieron en sus considerandos a la “posición dominante de la demandada”, a la hora de elaborar los fundamentos de sus resolutorios.

En primera instancia se dijo, por ejemplo, que “el carácter de dominante de la demandada no implica en sí obrar antijurídico” y también que “detentar una posición dominante en una relación contractual no implica de suyo obrar abusivo” (13). Al agravarse la accionada por el mote de “dominante”, la Cámara eludió el tratamiento de la denominación técnica y la subsumió nuevamente en la necesidad de distinguir si hubo o no “actitud abusiva” de AMX.

La cuestión no es menor o irrelevante, porque la alusión a una “posición dominante” no es estéril en materia jurídica, en tanto bajo ella subyace una construcción doctrinaria (hoy reconocida legalmente) que posee valoración claramente negativa.

En efecto, el instituto de *posición dominante en el mercado*, se encuentra legislado por la Ley de Defensa de la Competencia (vigente desde el año 1999). El art. 1º señala que “Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas (...) que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

Los arts. 5º y 6º de la mencionada ley 25.156 dejan en claro cuándo se está ante una posición dominante. Y esto es cuando ante un producto o servicio se es el único oferente o demandante, o cuando sin ser el único no está expuesto a competencia sustancial o cuando por el grado de integración está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor de ese mercado.

Así las cosas, no parece que la demandada (empresa de telefonía móvil) pudiera ser acusada de ocupar una posición dominante en el mercado, correspondiendo entonces descartar la calificación ensayada por la resolución de primera instancia.

La sentencia de Cámara, como se dijo, prefirió no adentrarse en este análisis (¿dándolo por supuesto?) y concentrarse en la idea de abuso del derecho, instituto sobre cuya vaguedad e imprecisión ya se ha escrito más arriba.

Sin embargo, en esta línea de razonamiento, se hace obligatorio analizar la relación que pudiera existir entre el abuso del derecho y la posición dominante en el mercado. Es decir, establecer si acaso se vinculan como género y especie (lo que justificaría el silencio de la resolución de Cámara) o si se trata de institutos muy distintos.

Sobre el particular, esta última parecería ser la posición más razonable. Es que, bien visto, mientras el abuso del derecho parte de una conducta legalmente admitida, el abuso de posición dominante del mercado parte de una conducta prohibida y sancionada por la ley. Es más, el abuso del derecho parte de la existencia de un derecho subjetivo cuyo *ejercicio* entra en conflicto con otro no tutelado por una norma. Es decir que el conflicto estriba en la forma de ejercicio del derecho subjetivo. A su vez, en la posición dominante en el mercado, el ejercicio antifuncional del derecho se encuentra específicamente sancionado por una norma que tutela el interés de terceros concurrentes en el mercado (14) (15).

Así, ante la imprecisión del supuesto abuso del derecho ejercido por la demandada, la imposibilidad de otorgar connotación negativa al contrato de adhesión o de explicitar por qué se estaba ante cláusulas abusivas, y ante la inconveniencia de calificar su situación como posición dominante en el mercado, realmente no quedaban elementos claros para justificar su eventual incumplimiento contractual.

Quizás una figura que podría haber jugado un papel importante era la del abuso de situación de dependencia económica. Este instituto, al momento de acaecimiento de los hechos que dieron origen al litigio, era todavía una construcción del derecho comparado. Recién durante el año 2019 fue introducido a la legislación nacional mediante el DNU 274/2019.

Conocido como *abuse of superior bargaining power* (abuso de poder de negociación superior), se presentó luego aquí como “abuso de situación de dependencia económica”. El art. 10, inc. d), del decreto en cuestión lo define con explicitud como “explotar la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además, de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente, de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”.

Sin embargo, aun cuando hubiera sido posible echar mano a este instituto, no obstante, habría que haber analizado seriamente la esquivia idea de riesgo empresarial y la conducta de la actora. Bien se dijo al respecto:

## { NOTAS }

(9) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual”, Ed. Dykinson, Madrid, p. 118.

(10) VIGO, Rodolfo L., “Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho”, RDPyC 1998-16, “Abuso del derecho”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, ps. 287-318.

(11) STIGLITZ, Rubén S., “Teoría general del contrato: paralelo entre la reforma al Código Civil francés y el Código Civil y Comercial argentino”, RCyS 2017-X, 30, AR/DOC/2242/2017.

(12) KRIEGER, Walter F., “Sobre cláusulas abusivas en el nuevo Código. Su aplicación a los contratos parita-

rios y de consumo”, LA LEY, Sup. Actualidad, p. 1, año LXXIX, nro. 115, 23/06/2015.

(13) Extracto del consid. d.2.

(14) ACOSTA, Miguel Á., “Abuso de posición dominante en el Código Civil y Comercial de la Nación”, SJA 03/05/2017, 03/05/2017, 1, AR/DOC/4950/2016.

(15) MARZORATTI, Osvaldo J., “El abuso de la posición dominante (algunas reflexiones sobre el interés económico general)”, *Sup. Esp. Com. Ley de Defensa 2018* (octubre), 12/10/2018, 199, AR/DOC/2102/2018.



“Repárese que, si una empresa se ha colocado deliberadamente en una posición de dependencia económica, no puede reclamar la aplicación de esta figura” (16).

## VI. Ir contra el acto propio

El catálogo de ultrajes a la buena fe no estaría completo si este rico fallo no tratara también sobre la doctrina del acto propio.

Como se dijo más arriba, la alzada entendió que la pretensión de la actora relacionada con comisiones mal devengadas o no devengadas constituía una evidente demostración de mala fe a la hora de demandar.

En efecto, la inclusión de estos rubros en el libelo introductorio suponía ir contra los propios actos desplegados por la accionante durante la vigencia del contrato, en tanto que entre los años 2006 y 2012 suscribió acuerdos de conciliación (reconocimiento recíproco de no existencia de deudas) y hasta 2014 continuó ejecutando el contrato sin presentar objeción formal alguna.

La doctrina del acto propio, también llamada “deber de coherencia” (17), consiste en un principio del derecho que impide a un sujeto colocarse en un proceso judicial

en contradicción con su anterior conducta (18).

Es, a las claras, un principio escindido de la buena fe y la necesidad de coherencia. Toda pretensión de buscar su origen en el principio lógico de no contradicción (19) es forzada, por cuanto implica confundir una operación lógica con una regla moral. O, dicho de otro modo, confundir una contradicción lógica con una incoherencia en la conducta. No son niveles de comparación asimilables, y asumirlo así puede generar errores de razonamiento severos.

Para que resulte inadmisibles el ejercicio contradictorio de un derecho subjetivo se han señalado los siguientes requisitos (20):

a) La conducta vinculante: es necesario que se haya practicado una conducta determinada que afecte a una esfera de intereses. Esta conducta podrá ser expresa (como los “convenios de conciliación” mencionados en el fallo) o tácita, basada en hechos concluyentes o *facta concludentia* (como, p. ej., la ejecución del contrato sin hesitaciones desde el año 2012 al 2014).

b) La conducta contradictoria: que necesariamente debe darse dentro de un proceso judicial.

c) Contradicción: las conductas deben ser contradictorias, esto es excluyentes. Repárese en que el requisito es la contradicción y no la contrariedad. No bastan conductas contrarias, sino que se requiere que sean incompatibles y excluyentes una de otra.

d) Dos sujetos identificables: resulta necesaria la existencia de dos sujetos, uno activo o titular de la pretensión contradictoria y otro pasivo destinatario de la pretensión.

De manera prístina A. Borda capta la esencia del instituto al decir: “Es dable exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que —merced a actos anteriores— se ha suscitado en el otro contratante. Ello es así por cuanto no solo la buena fe, sino también la seguridad jurídica, se encontraría gravemente resentida si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien traba una relación jurídica con otro y luego procura cancelar parcialmente sus consecuencias para aumentar su provecho. Nadie puede ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con la asumida anteriormente” (21).

## VII. Conclusión

Como se dijo al dar inicio al estudio de este fallo, todo el andamiaje normativo nacional en materia de contratos (anterior y actual) se construye sobre el cimiento incuestionable e imprescindible de la buena fe. Un término relativamente fácil de conceptualizar e inteligir, pero muy dificultoso a la hora de definir. Quizá por eso, analizar las distintas formas que puede asumir la mala fe contractual sea una herramienta adecuada para demarcar los límites de esa definición esquivada.

El fallo comentado posee en este sentido una riqueza particular para exponer situaciones fácticas y jurídicas que fueron presentadas a la prudencia del juzgador, más allá de que cada lector concuerde o no con la solución a la que se arribó.

Pero la prudencia no es virtud que corresponda solo a los jueces, sino también a los abogados, como operadores de la justicia. En este sentido, el fallo también deja consejos importantes acerca de cómo trazar estrategias para demandar, evitando reclamos improcedentes y desmedidos, para que las victorias judiciales no terminen en victorias pírricas.

Cita online: AR/DOC/1570/2020

## { NOTAS }

(16) PETRECOLLA, Diego - BIDART, Marina, “Abuso de situación de dependencia económica y abuso de posición dominante”, *Sup. Esp. Comp. Desleal. DNU 274/2019 2019* (agosto), 08/08/2019, 133, AR/DOC/2823/2019.

(17) JARAMILLO JARAMILLO, Carlos I., “La doctrina de los actos propios en el ámbito contractual. Significado y proyección de la regla *venire contra factum proprio non valet*”, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2012, p. 34, disponible en la web de la Universidad de Sa-

lamanca.

(18) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La doctrina de los actos propios y la declaración tácita de la voluntad”, LA LEY, 1985-A, 1000 - RCyS 2017-III, 251, AR/DOC/12892/2001.

(19) JARAMILLO JARAMILLO, Carlos I., ob. cit., ps. 44-46.

(20) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., ob. cit.

(21) BORDA, Alejandro, “La teoría de los actos propios”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 53.

## VIENE DE PÁGINA 10

vil y Comercial y al derecho de la competencia que podrían resolver estos problemas típicos de los contratos de distribución. Nuestra conclusión es que el derecho de exclusividad en el contrato de agencia podría ser aplicado para resolver modificaciones abusivas en los contratos de agencia. Por su parte, el deber de reciprocidad en los contratos de larga duración es una norma general que soluciona problemas típicos de los contratos de distribución, sin limitarse al contrato de agencia. En cambio, si el conflicto excede la relación contractual, como lo es la modificación unilateral del sistema de distribución, el abuso de la relación de dependencia que incorpora el decreto de necesidad y urgencia (DNU) 274/2019 es una regla precisa para resolver situaciones abusivas entre socios comerciales. Sin embar-

go, frente a los reparos constitucionales que merece este DNU, el principio que prohíbe el abuso del derecho es una norma adecuada para solucionar estos problemas típicos.

## II. El abuso del derecho

La Cámara Nacional en lo Comercial, sala F, fundamentó el fallo en comentario en el art. 1071 del Cód. Civil. Las reglas del Código Civil y Comercial no se encontraban vigentes en el momento en que AMX Argentina SA modificó en forma sustancial su política de distribución (5). La diferencia con la regulación anterior es su incorporación al Título Preliminar del Código Civil y Comercial. El abuso del derecho se consolidó, así, como un principio jurídico (6).

Los principios, según Ronald Dworkin, son necesarios frente a la existencia de “casos

difíciles”. Un caso es difícil cuando no puede ser subsumido claramente en una norma jurídica (7). Desde esta postura iusfilosófica, para resolver un caso a través del abuso del derecho, el intérprete debe señalar las dificultades para subsumir el caso en una regla. Atienza define el abuso del derecho como una acción que, en principio, estaría permitida, pero en su ejercicio contradice un principio de mayor peso. Para el autor español, la conducta abusiva genera un daño injustificado, ya sea porque la conducta abusiva no tenía otra finalidad que causar un daño o se realizó sin ningún fin serio, o porque el daño que sufre la víctima es excesivo o anormal (8).

La principal consecuencia de entender la prohibición del abuso del derecho como un principio es que, previo a su aplicación, el intérprete debe descartar la existencia de alguna regla que prohíba la conducta lesiva. En

este mismo sentido lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Según nuestro Máximo Tribunal, el abuso del derecho debe aplicarse residualmente (9). La derogación del Código Civil y la incorporación de nuevas figuras jurídicas exige al intérprete reexaminar la aplicación del abuso del derecho para resolver problemas típicos de la relación asimétrica en los contratos de distribución.

## III. El abuso de la posición dominante

El abuso de la posición dominante fue incorporado a nuestro derecho privado a través del art. 11 del Cód. Civ. y Com. (10). La dificultad de esta norma es la delimitación del concepto de “posición dominante”. Una postura considera que debe interpretarse según el significado que el legislador prescribió en los arts. 5º y 6º de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia (BO 33.870) (11). Otra postura, en cambio,

## { NOTAS }

JUR/63014/2012. Sobre las situaciones abusivas, véase LORENZETTI, Ricardo L., “Nuevas fronteras del abuso de derecho (Situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del mercado y amparo)”, LA LEY, 1995-E, 593, AR/DOC/13585/2001.

(5) En un caso similar resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación se desestimó la aplicación de esta figura. En el fallo “Automóviles Saavedra SACIF c. Fiat Argentina SACIF”, en el que se discutía el carácter abusivo de la rescisión unilateral sin causa y sin preaviso de un contrato de concesión, dijo el Máximo Tribunal nacional: “Que, por lo demás, cuando la teoría del abuso del derecho es utilizada para privar de efectos a una cláusula contractual, su uso también debe ser restrictivo; solamente cuando aparezca manifiesto el antifuncionalismo debe acudir a este remedio excepcional”. CS, 04/08/1988, “Automóviles Saavedra SACIF c. Fiat Argentina SACIF”, Fallos 311:1337.

(6) En los Fundamentos del Código Civil y Comercial se lee que el Título Preliminar del Código Civil y Comercial “[es un] diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas”. La doctrina también lo reconoce expresamente: ALTERINI,

Jorge H., “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 61. VÍTOLO, Daniel R., “Principios generales del Título Preliminar del nuevo Código”, LA LEY, 2016-C, 700, AR/DOC/980/2016.

(7) DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, 2ª ed., p. 146. Los casos fáciles se resuelven por intermedio de las reglas. PEZZENIK, Aleksander, “Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”, *Doxa*, nro. 12, Universidad de Alicante, Alicante, 1992, p. 328. IANNELLO, Pablo A., “El concepto de abuso del derecho en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2017-A, 1189.

(8) ATIENZA, Manuel - RUIZ MANERO, Juan, “Para una teoría general de los ilícitos atípicos”, en *Jueces para la Democracia*, nro. 39, Madrid, 2000, ps. 43-49.

(9) CS, 24/11/2018, “Santa Cruz, Provincia de y otro c. Dirección General Impositiva (Administración Federal de Ingresos Públicos) y otros s/ ordinario”, Fallos 341:1661. En el fallo se cita la doctrina del caso CS, 04/08/1988, “Automóviles Saavedra SACIF c. Fiat Argentina SACIF”, Fallos 311:1337. Sin embargo, la plataforma fáctica es distinta. Para Bergel y Paolantonio, el primer requisito para el abuso del derecho es el ejerci-

cio de una conducta permitida dentro del derecho positivo. BERGEL, Salvador D. - PAOLANTONIO, Martín E., “Abuso de posición dominante y abuso de derecho”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 16, Rubinzal-Culzoni Edit., Buenos Aires, 1998, p. 19. Si bien el artículo de los autores se refiere al art. 1071 del Cód. Civil, es un ejemplo más de quienes sostienen la aplicación residual del abuso del derecho. Chomer opina que el art. 10 del Cód. Civ. y Com. únicamente debe aplicarse cuando existe un vacío legal. CHOMER, Héctor O., “El abuso en el derecho comercial”, *Diario Comercial, Económico y Empresarial*, nro. 63, 24/02/2016.

(10) Según el considerando del fallo en comentario, la pretensión de la parte actora expresamente se refirió al abuso de la posición dominante. En el caso, sin embargo, no es aplicable el Código Civil y Comercial: “que no es de aplicación aquí el nuevo Código, habida cuenta que las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes tuvieron lugar antes de la entrada en vigencia de este cuerpo legal, es decir, agosto de 2015 (art. 7º del Cód. Civ. y Com.)”. JNCom. N° 12, Secretaría N° 23, 20/05/2019, “Cellulares Buenos Aires SA c. AMX Argentina SA s/ ordinario”, consid. b), p. 5, inédito, disponible en la consulta pública del portal del

Poder Judicial de la Nación. La figura del abuso de la posición dominante tiene vigencia hace algunas décadas en nuestro país en las leyes que regulan el derecho de la competencia. Sobre la evolución de la figura, véase BERGEL, Salvador D. - PAOLANTONIO, Martín E., “Abuso de posición dominante...”, ob. cit., ps. 9-20, GOLDENBERG, Isidoro H. - TOBIÁS, José W., “Abuso de posición dominante”, LA LEY, 2005-D, 1002, AR/DOC/1949/2005. GHERSI, Carlos A., “El abuso de la posición dominante”, LA LEY, 2016-B, 1157, AR/DOC/1134/2016. MASIOTRA, Mario, “Poder-deber de evitar el abuso del derecho en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2017-E, 729, AR/DOC/2113/2017. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Abuso de posición dominante”, RDCO 288-25, AP AR/DOC/2840/2018. PETRECOLLA, Diego - BIDART, Marina, “Abuso de situación de dependencia y abuso de posición dominante”, DEL PINO, Miguel - CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro (dir.), *Competencia desleal: análisis del dec. 274/2019*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, ps. 133-160, AR/DOC/2823/2019.

(11) LORENZETTI, Ricardo L., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2015, t. VII, p. 66. En los Fundamentos

considera que debe desligarse de la noción del derecho de la competencia, en función de las finalidades propias del derecho privado, esto es, la protección del negocio jurídico individual (12). En nuestra opinión, si al momento de la sanción del nuevo Código existía una definición, la solución más armónica es considerar que el codificador presupuso que ese era el significado de la expresión (13). Refuerza esta interpretación la definición que propone la Real Academia Española: “En el derecho de la competencia, actuación comercial prohibida que se prevale de una situación de ventaja” (14). Es decir, en el lenguaje natural se identifica a la posición dominante con la noción misma del derecho de la competencia.

Por estas razones, quien pretende aplicar el art. 11 del Cód. Civ. y Com. deberá acreditar la posición dominante en los términos en que la define la propia ley 27.442 (15). Según esta ley, para establecer la existencia de una posición dominante en un mercado, el operador jurídico debe considerar las siguientes circunstancias: “a) el grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; b) el grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; c) el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder” (16).

Estos requisitos son de fácil verificación si quien ostenta la posición dominante es el único oferente o demandante para un tipo de bien en un mercado (17). Sin embargo, si existen varios agentes, la demostración de este elemento en un proceso privado, en cambio, sí es compleja.

En este último supuesto se debe demostrar la “ausencia de competencia sustancial”. El objeto de la prueba, en estos casos, se refiere a la actividad de los competidores que son terceros ajenos al proceso (18). La dificultad de la prueba reside en la falta de disponibilidad del material probatorio. Para incorporar documentación de propiedad de terceros, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevé un requerimiento judicial a pedido de parte. El tercero tiene la facultad de opo-

nerse a presentarlo si el documento es de su exclusiva propiedad y la exhibición pudiere ocasionarle algún perjuicio. Ante la oposición formal, la ley procesal resuelve que “no se insistirá en el requerimiento” (19). En otras palabras, la prueba que se refiera a la actividad de terceros competidores puede tornarse imposible.

Para sortear esta dificultad, podrían utilizarse los mecanismos de investigación que prevé la ley 27.442. El art. 28, inc. f), de esta ley faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia a realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes; “para ello podrá requerir a los particulares y autoridades nacionales, provinciales o municipales, y a las asociaciones de defensa de los consumidores y de los usuarios, la documentación y colaboración que juzgue necesarias”. Si la investigación se había iniciado de oficio antes del proceso, este mecanismo permite solucionar las dificultades probatorias de quien alegue el abuso de la posición dominante. Sin embargo, si la autoridad de aplicación de la ley 27.442 no actuó de oficio, para obtener esta prueba, el litigante, previo a su demanda, debería haber sorteado exitosamente tres filtros. Primero: debería haber denunciado los hechos ante la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas. Luego, la autoridad administrativa debería declarar procedente la instrucción por abuso de posición dominante. Por último, el Tribunal de Defensa de la Competencia debería admitir la imputación del sumario administrativo por abuso de posición dominante.

Superados los escollos para acreditar la posición dominante, es preciso demostrar su abuso (20). El abuso de la posición dominante puede configurarse de múltiples maneras, lo que hace muy difícil su sistematización. El Tratado de Roma menciona a título enunciativo los casos más emblemáticos: “(i) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; (ii) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; (iii) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; (iv) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva; (v) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los

usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”. Ninguno de estos ejemplos de abuso se asemeja al caso resuelto en el fallo en comentario. Si bien la enumeración no es taxativa, parece forzar la letra del art. 11 del Cód. Civ. y Com. intentar aplicarlo para resolver un conflicto privado en un contrato de agencia (21).

En realidad, el abuso de la posición dominante es una figura importada del derecho de la competencia que supone un conflicto individual entre dos competidores. Pareciera que la razón de ser del abuso de la posición dominante no es compatible con la dinámica propia de los contratos de distribución. Este tipo de relaciones jurídicas se caracterizan por la concentración vertical de empresas y la celebración de contratos de colaboración. Es contradictoria, por tanto, la idea de “competencia” entre estos socios comerciales.

#### IV. El abuso de la relación de dependencia

En el 2019 se sancionó el DNU 274/2019 (BO 34.098, del 22/04/2019), denominado “Lealtad Comercial”. El art. 10, inc. d), prohíbe el “abuso de situación de dependencia económica” por tratarse de un acto de competencia desleal. Según el decreto, está prohibido: “Exploitar la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente, de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”. El decreto prevé sanciones que castigan este tipo de actos de competencia desleal y, además, faculta a los damnificados a ejercer las acciones por daños y perjuicios según el derecho común (art. 65) (22).

La figura, si bien es la primera vez que se incorpora a nuestro sistema jurídico, no es novedosa en el derecho comparado (23). El dec. 274/2019 define a la dependencia económica como la situación de una empresa que carece de alternativas en el mercado para comercializar los productos de la cocontratante. Para Fulvio Santarelli es trascendental determinar si la empresa “dependiente” tiene la posibilidad de prestar sus servicios o proveer sus productos a otra empresa. La existencia o no de esta alternativa es el elemento que

permite demostrar la razón por la cual la empresa continúa en dicha relación contractual: si es una verdadera elección o una alternativa de “menor pérdida” (24).

Los elementos que tipifican el abuso de la relación de dependencia se asemejan a los hechos juzgados en el fallo en comentario (25). En el abuso de la relación de dependencia no necesariamente existe una posición dominante en el mercado (26). Por el contrario, la relación económica que presupone el abuso de la relación de dependencia es entre socios comerciales. Esta figura es adecuada para resolver conflictos entre agentes económicos que no compiten entre sí, como es el caso del fallo en comentario (AMX Argentina SA era quien producía el servicio de telecomunicaciones, y Cellulares SA era quien lo distribuía al consumidor final).

La ley italiana ejemplifica en qué puede consistir este tipo de abuso: en la negativa a vender o a comprar; en la imposición de condiciones contractuales injustificadamente gravosas o discriminatorias, o en la interrupción arbitraria de las relaciones comerciales en curso (27). La regionalización que impuso AMX SA Argentina puede interpretarse como una sofisticada negativa de venta o, en forma más clara, un ejemplo de modificación unilateral en la estructura del sistema de distribución, como alertaba Farina. El agente, frente a esta modificación del circuito de distribución, se enfrenta a un dilema: aceptar la reducción de su zona de actuación o cesar en sus funciones como agente (28). Las posibilidades del agente de imponer soluciones contractuales convenientes a sus intereses es limitada.

A pesar de las similitudes entre las condiciones de aplicación del abuso de la relación de dependencia y el fallo en comentario, existen serios reparos constitucionales que obstan a la aplicación del DNU 274/2019. Silvia B. Palacio de Caeiro sostiene que este decreto es objetable en términos constitucionales por varias razones. En primer lugar, por la inexistencia de urgencia que habilite al Poder Ejecutivo a asumir estas funciones legislativas. El contexto en que se dictó el dec. 274/2019 fue en pleno período de sesiones ordinarias del Congreso de la Nación. Tampoco se explicita en los considerandos cuáles son las razones de urgencia. En segundo lugar, los actos de competencia desleal prohibidos por el decre-

#### { NOTAS }

del Código Civil y Comercial se reconoce expresamente haber utilizado como antecedente el Proyecto de 1993 de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, elaborado por la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación, que en sus notas dice: “no se define la posición dominante pues la noción está ya consagrada en la ley 22.262”. GOLDENBERG, Isidoro - TOBIAS, José W., “Abuso de posición dominante”, LLBA del 06/07/2005.

(12) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Abuso de posición dominante”, ob. cit., p. 28.

(13) En los Fundamentos del Código Civil y Comercial se reconoce el origen y se aclara especialmente que la posición dominante de que se trata es la del “mercado”. Para los redactores, “el fundamento de este agregado es que el principio protectorio siempre presupone que alguien domina a otro, pero las reglas a través de las cuales se aplica dicho principio de política legislativa son diversas”, ya que “si se incluyera una norma que se refiera solo a la posición dominante, perderían sentido todas las demás, con gran perjuicio general del sistema y de su adaptabilidad”.

(14) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Edición del Tricentenario, 2019.

(15) Sobre las diferencias entre el abuso del derecho y el abuso de la posición dominante, véase BERGEL, Salvador D. - PAOLANTONIO, Martín E., “Abuso de posición dominante...”, ob. cit., ps. 18-20.

(16) Arts. 5º y 6º, ley 27.442.

(17) BERGEL, Salvador D. - PAOLANTONIO, Martín E., “Abuso de posición dominante...”, ob. cit., p. 11.

(18) Dice Molina Sandoval: “Para que la norma se aplique el agente económico debe tener una posición dominante en el ‘mercado relevante considerado’. Este con-

cepto obliga a un análisis cada vez más complejo y económico de los aspectos geográficos, temporales y materiales del mercado considerado”. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Abuso de posición dominante”, ob. cit., p. 25.

(19) Este artículo tiene concordancia con la mayoría de los Códigos Procesales provinciales. PALACIO, Lino E. - ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 1994, t. 8, ps. 160-161.

(20) La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la posición dominante no es ilícita en sí misma, sino que lo prohibido es abusar de ella. CNCom., sala E, 28/11/2008, “Conosud SA c. Refinerías de Maíz SAIC”.

(21) Uno de los interrogantes que plantea la incorporación del art. 11 del Cód. Civ. y Com. es si es necesaria la afectación del interés económico general, como exige la ley 27.442, para su aplicación. En el caso del fallo en comentario no hay afectación al interés general. El proceso de regionalización impuesto por AMX SA podría interpretarse como una mayor competencia entre los agentes de venta de telefonía móvil, lo que sería beneficioso para la comunidad. Bergel y Paolantonio consideran “que quedan a salvo [de ser sancionadas por abuso de posición dominante] las conductas que puedan parecer anticompetitivas pero que en verdad resultan beneficiosas para la comunidad”. BERGEL, Salvador D. - PAOLANTONIO, Martín E., “Abuso de posición dominante...”, ob. cit., p. 14. Molina Sandoval, en cambio, considera que no es necesario demostrar la afectación del interés general para aplicar el art. 11 del Cód. Civ. y Com. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Abuso de posición dominante”, ob. cit., p. 13.

(22) Es criticable la utilización del vocablo “explotación”, que supone un aprovechamiento de la empresa que ejecuta este acto de competencia desleal. En realidad, puede existir un abuso de relación de dependencia sin que exista un beneficio. El término “abuso”, en cambio, se refiere al perjuicio. Este último es más adecuado para centrar el eje en la debilidad.

(23) Véase PETRECOLLA, Diego - BIDART, Marina, “Abuso de situación de dependencia...”, ob. cit., ps. 133-160.

(24) SANTARELLI, Fulvio G., “El abuso de dependencia económica. Una figura en vías de consolidación”, LA LEY, 2019-C, 1043; AR/DOC/1829/2019. SANTARELLI, Fulvio G.; “La regulación del mercado a través del contrato. Una propuesta para la protección del empresario débil”, LA LEY, 2007-C, 1044, AR/DOC/1783/2007.

(25) “Señaló que Cellulares funcionó siempre, desde su nacimiento, exclusivamente como agente de CTT —antecesora de la demandada—. Apuntó que, por tal motivo, efectuó las inversiones y las contrataciones necesarias para cumplir con las previsiones del contrato de agencia celebrado. Indicó que su parte se encontraba totalmente subordinada a AMX”. Síntesis de la demanda que hace el magistrado preopinante. En el fallo “Cilam SA c. Ika Renault SA” destacó la “subordinación económica” de la concesionaria, a pesar de que conservaba autonomía patrimonial y jurídica (véase nota 4).

(26) PETRECOLLA, Diego - BIDART, Marina, “Abuso de situación de dependencia...”, ob. cit., p. 134. Destacan los autores que en Alemania y Francia la figura se encuentra estrechamente ligada con el abuso de la posición dominante y es un prerrequisito acreditar la afecta-

ción de la competencia (p. 152).

(27) Es interesante este requisito, pues se diferencia del antecedente italiano, que exige un “excesivo desequilibrio entre las obligaciones y derechos contractuales de las partes” (art. 9º de la Ley de Subcontratación Industrial italiana, de 1998). El fallo en comentario considera configurado el abuso por la “restricción sustancial a la actividad que debía desplegar la contraria, sin que haya mediado por parte de la defendida un ofrecimiento concreto de readecuar la ecuación económica contractual”. Es decir, el desequilibrio contractual es lo que exigía la justicia para condenar al pago de indemnizaciones por abuso del derecho. A diferencia del “abuso de la posición dominante”, se exige la demostración de cómo repercute en la relación contractual o económica entre las partes de este abuso de la relación de dependencia. Al respecto, Goldenberg y Tobias criticaban la norma del Proyecto de 1998, que es muy similar a la que se sancionó en el Código Civil y Comercial, porque “la mera referencia a un abuso de posición dominante prescindiendo de su repercusión en las posiciones patrimoniales emergentes del negocio, se puede constituir en un elemento de sensible afectación de la certeza negocial y de amenaza de las bases mismas de su especie principal, el contrato”. GOLDENBERG, Isidoro H. - TOBIAS, José W., “Abuso de posición dominante”, ob. cit., p. 8.

(28) La “cláusula de exclusividad” que se pacta en algunos contratos de agencia, económicamente significa la falta de alternativas del agente para comercializar otros productos en el mercado. El agente instaura así una relación de dependencia económica con el empresario productor.



son sancionados, en el art. 57, con multa, clausura, suspensiones y pérdidas de derechos. Es decir, son consecuencias jurídicas de contenido punitivo, materia excluida de los DNU (art. 99, inc. 3º, de la CN). Finalmente, el dec. 274/2019 establece serias modificaciones legislativas, como lo es la derogación de la ley 22.802 a través de un DNU (29).

Los reparos constitucionales señalados constituyen argumentos de peso para que el operador jurídico desista de la aplicación de esta figura. Sin embargo, es deseable socialmente la incorporación en forma válida del abuso de la relación de dependencia al ordenamiento jurídico argentino.

## V. Nuevos tipos contractuales en el Código Civil y Comercial

### V.1. El contrato de agencia

La tipificación del contrato de agencia en el Código Civil y Comercial es otra de las innovaciones introducidas en el derecho argentino. Uno de los puntos litigiosos del fallo en comentario es la reducción de la zona geográfica del agente que impuso AMX Argentina SA. El ámbito de actuación del agente está expresamente regulado en el art. 1480 del Cód. Civ. y Com., que establece: “El agente tiene derecho a la exclusividad en el ramo de los negocios, en la zona geográfica, o respecto del grupo de personas, expresamente determinados en el contrato”. En otras palabras, el agente tiene derecho a distribuir en la zona territorial acordada con exclusión de otros competidores. Correlativamente, el empresario asume una obligación de no hacer: se obliga a no distribuir sus productos a través de otros agentes (30). Con base en esta norma, el proceso de regionalización que impuso AMX Argentina SA a Cellulares Buenos Aires SA podría ser un incumplimiento contractual.

Sin embargo, no siempre el operador jurídico podrá recurrir a esta regla para solucionar situaciones abusivas en contratos de agencia. Se discute cuál es el alcance del derecho de exclusividad. Una postura entiende que es un elemento esencial y tipificante del contrato. La exclusividad protege la finalidad económica del contrato, al impedir al empresario distribuir sus productos con otras personas que compitan con el agente. En la redacción final del art. 1480, el codificador se apartó del Proyecto de 1998, que preveía el derecho de exclusividad “salvo pacto en contrario”. La omisión de esta frase impide a las partes disponer sobre este derecho.

Otra postura, en cambio, considera la exclusividad como un elemento natural del contrato, que puede ser desechado si hay conformidad del agente. Se fundamenta esta postura en la libertad de comercio: la exclusividad es un derecho patrimonial y, como tal, es disponible por las partes. Además, con base en una interpretación literal de los arts. 1487 y 1499 del Cód. Civ. y Com.: estas normas contienen la expresión “si el agente tiene exclusividad...”; la formulación condicional justifica la posibilidad de que se la excluya del contrato (31).

El reconocimiento del derecho de exclusividad podría ser una herramienta para resolver este tipo de conflictos en los contratos de agencia. Sin embargo, ante la falta de previsión contractual, el caso se torna de difícil solución. Es el intérprete quien, según las circunstancias del caso, deberá ponderar la libertad de comercio o la protección de la vulnerabilidad.

### V.2. El contrato de larga duración

El contrato de agencia es un sistema de distribución continua, y el tiempo es esencial

para el cumplimiento de su objeto. Estos contratos con vínculos obligacionales de larga duración están regulados en el art. 1011 del Cód. Civ. y Com. Esta regla incluye una serie de deberes: 1. deber de colaboración; 2. deber de respetar la reciprocidad de las obligaciones, 3. deber de renegociar razonablemente en caso de rescisión (32).

El respeto de la reciprocidad de las obligaciones impide que la modificación del contrato signifique la ampliación de los derechos de una de las partes en detrimento de la otra. Expresamente, el fallo criticó la conducta de AMX Argentina SA de no ofrecer una readecuación de la ecuación económica contractual. La imposición de un proceso de regionalización, que reduce en forma significativa la zona geográfica de actuación del agente, es un ejemplo de la falta de respeto a la reciprocidad de las obligaciones entre las partes.

## VI. Conclusión

El Código Civil y Comercial incorporó distintas normas que protegen la función social del contrato, entre ellas el abuso del derecho, el abuso de la posición dominante, el derecho de exclusividad y los deberes de conducta en los contratos de larga duración. A su vez, el DNU 274/2019 incorporó el abuso de la relación de dependencia.

La modificación unilateral del contrato por parte de AMX Argentina SA, a partir de la imposición de un proceso de regionalización en perjuicio del agente, puede resolverse a partir de la reglamentación del derecho de exclusividad en los contratos de agencia. Esta solución es aplicable únicamente para aquellos casos en que las partes delimitaron la zona geográfica de actuación del agente y pactaron el derecho de exclusividad.

Si el caso no puede ser resuelto mediante el art. 1480 del Cód. Civ. y Com., este cuerpo normativo prevé, también, normas “generales”, aplicables a diferentes problemáticas típicas de los contratos de distribución. Los deberes de conducta que se prescriben para los contratos de larga duración son una norma eficaz para solucionar muchas restricciones contractuales impuestas en estos contratos.

Sin embargo, las reglas incorporadas al derecho de los contratos no son aplicables para aquellas situaciones abusivas que se ejercen fuera del contexto del contrato, es decir, restricciones fácticas. Los ejemplos típicos son las negativas de vender o comprar por parte del productor; incluso, en el caso del fallo en comentario, podría entenderse a la política de regionalización como una forma sofisticada de negativa de venta. En estos casos, la prohibición del abuso de la relación de dependencia es una regla eficaz para solucionar situaciones de abusos (contractuales o no). A pesar de su mayor precisión (en comparación con el abuso del derecho, que exige acreditar la violación a la “buena fe”, la “moral” y las “buenas costumbres”), esta figura aún no puede ser aplicada por los defectos constitucionales que acarrea la sanción de la regla.

Ante la falta de una regla válida que prohíba estas restricciones fácticas, el operador jurídico debe recurrir a los principios. Residualmente, el abuso del derecho es una respuesta a este tipo de casos. Es deseable que el legislador, en cumplimiento del mandato constitucional de proteger el derecho a ejercer la industria por parte del agente (art. 14 de la CN) o los intereses económicos del consumidor (art. 42 de la CN) (33), establezca parámetros claros y precisos que protejan al empresario débil.

Cita on line: AR/DOC/1867/2020

## { NOTAS }

(29) PALACIO de CAEIRO, Silvia B., “Análisis constitucional del decreto de necesidad y urgencia 274/2019 (lealtad comercial)”, en DEL PINO, Miguel - CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro (dir.), *Competencia desleal: análisis del dec. 274/2019*, Ed. La Ley, Buenos Aires, agosto de 2019, p. 72.

(30) HEREDIA, Pablo D., “El contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación”, RCCyC, Ed. La Ley, Buenos Aires, febrero de 2016, AR/DOC/4561/2015.

(31) *Ibidem*. BARILI, Luciano N., “La exclusividad

en el contrato de agencia, en el Código Civil y Comercial”, *Microjuris* del 03/08/2017. DI CHIAZZA, Iván G., “El contrato de agencia en el nuevo Código Civil y Comercial. Razones para instrumentar el contrato por escrito”, *DCCyE*, Ed. La Ley, febrero de 2015, AR/DOC/411/2015.

(32) El fallo enumera estos elementos a través de la aplicación del principio de buena fe. Según los magistrados, este principio conlleva: “a) Colaboración recíproca; b) Abstención de actos antifuncionales; c) Brindar co-

nocimiento a la otra parte de actos dañosos para esta, y que puede evitarse sin detrimento para la contraparte; d) Cumplimiento a lo que en forma virtual surja de lo pactado (art. 1198, parte 1º); e) Comprensión legal y prueba de lo contratado; f) Terminación no intempestiva”.

(33) Las distorsiones en el mercado también repercutirían en el consumidor. El dec. 274/2019 expresamente menciona en los considerandos la necesidad de regulación integral de la competencia desleal, mediante la prohibición y sanción de actos y prácticas desleales y,

con ello, el desarrollo de un comercio justo y competitivo, dentro del marco establecido por el art. 42 de la CN. Véase TAJAN, Guillermina, “Vinculación entre lealtad comercial, defensa de la competencia y defensa del consumidor”, en DEL PINO, Miguel - CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro (dir.), *Competencia desleal: análisis del dec. 274/2019*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, ps. 473 y ss.

## JURISPRUDENCIA

### Turismo cancelado por la pandemia

**Devolución por parte de agentes de viaje y establecimientos hoteleros de reservas por alojamiento a turistas. Habilitación de feria. Rechazo de la cautelar. Resolución inminente del conflicto.**

1.- Un escenario cautelar como el pretendido, que importa una solución urgente no cautelar y despachable *in extremis*, porque pretende la paralización de acciones de cobro de las cuotas comprometidas por los usuarios que hubieran adquirido y cancelado sus contratos con la empresa demandada como consecuencia de la res. 131/2020 del Ministerio de Turismo y Deportes de la Nación, hace imprudente dictar semejante tutela anticipatoria cuando el horizonte de una decisión definitiva aparece muy cercano, sea por vía de amparo o la sumarisima propia del reclamo de los consumidores, pues podría estarse afectando seriamente la garantía constitucional de la defensa en juicio por la medida y sin una sentencia en contra.

2.- La feria debe ser habilitada porque es clara la urgencia derivada de que los consumidores afectados por el incumplimiento de lo establecido en la res. 131/2020 del Ministerio de Turismo y Deportes de la Nación sigan padeciendo deducciones que desde esta perspectiva podrían llegar a ser ilícitas, urgencia que en este caso no solo conducirá a que este Juzgado de Feria atiende el pedido cautelar que incluye la acción, sino que además se dé curso a su trámite.

122.605 — JNCom. de Feria, 17/05/2020. - Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes (ACCUC) c. Despegar.com.ar S.A. s/ Amparo.

[Cita on line: AR/JUR/16298/2020]

1ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 17 de 2020.

I. Por recibidos.

II. Se deja constancia que a efectos de poder avanzar en el despacho del importe cúmulo de causas ingresadas a este Juzgado de

guardia, el cual además conforme lo ordenado por la CSJN y el Superior cuenta con una dotación mínima de empleados, se dispone la habilitación de días y horas inhábiles que posibilita el presente decisorio en el día de la fecha.

III. Por presentada, por parte y por constituido el domicilio electrónico denunciado.

IV. La posibilidad de ingreso electrónico de demandas viabilizada por el procedimiento aprobado por la Ac.12/2020 CSJN, dio lugar al dictado del Acuerdo Extraordinario de la Sala de Feria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 12/05/2020, cuyo pto.4 estableció un límite a la posibilidad de dar curso a la nueva acción —entiéndase en el marco de la existencia de feria judicial extraordinario (Acs. 6, 8, 10, 12 y 13/2020 CSJN)— posibilitando únicamente aquellas que “resulten manifiestamente impostergables, por contener reclamos urgentes que no admitan demora...”.

Este recaudo motiva la necesidad, previa a dar curso a la acción, de examinar la pertinencia de la habilitación de feria —como correspondía en virtud de la existencia de la

situación de receso dispuesta por la Corte—, a partir de análisis de la manifestaciones del accionante con relación a cuáles son las diligencias urgentes cuya demora de no adoptarse pudiese tornarlas ineficaces u originar perjuicio evidente (art. 4 RJN y art. 153 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Con esa perspectiva, encuentro clara la urgencia derivada de que los consumidores afectados por el predicado incumplimiento de lo establecido en la Resolución 131/2020 del Ministerio de Turismo y Deportes de la Nación sigan padeciendo deducciones que desde esta perspectiva podrían llegar a ser ilícitas, urgencia que en este caso no solo conducirá a que este Juzgado de Feria atiende el pedido cautelar que incluye la acción, sino que además se dé curso a su trámite.

V. A partir de lo recién señalado y sin abrir juicio acerca de la pertinencia del cauce que se le dio a este reclamo bajo la modalidad de amparo, lo cierto es que el avance en el trámite de esta causa debe conducir al dictado de la resolución prevista en el Reglamento de Actuación de Procesos Colectivos, punto V, anexa a la Acordada 12/16 CSJN, que presupone por parte del juez natural de la causa un

análisis previo de la pretensión colectiva de conformidad con los puntos II y III, e incluso la necesidad de practicar el informe al que alude el punto IV.

Esto conducirá, por una cuestión de prudencia y en función de la colaboración prevista en el pto.4 del Ac.Ex. de la Sala de FERIA del 12/05/2020, dada la mirada integral del juicio entablado que es propia del juez ante quien quedará radicada esta acción, a que luego de atendido el urgente pedido cautelar por este juzgado de guardia, a remitir el expediente al juzgado asignado para que continúe con su tramitación.

**Vistos:** 1. Se presentó la Asociación Civil Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes (en adelante “ADUCC”) promoviendo un amparo colectivo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional contra Despegar Com Ar SA a efectos de que se declare la ilegalidad de la acción de cobro de la totalidad de las cuotas comprometidas por los usuarios que hubieran adquirido y cancelado como consecuencia de la Resolución 131/20 del Ministerio de Turismo y Deportes de la Nación sus contratos con esa empresa como condicionamiento para la devolución del importe total abonado.

Siendo la descripta la acción de fondo, a título cautelar pidió se ordene a la demandada la inmediata devolución de los importes totales referidos a estos contratos canceladores por los consumidores protegiendo sus derechos económicos en el marco de la emergencia pública y pandemia mundial decretada por la Organización Mundial de la Salud.

2. Cabe recordar aquí, que el decreto de una medida cautelar no exige la acreditación indubitable del derecho que se alega afectado, sino que quien la solicita debe demostrar que su existencia resulta verosímil (CNCom., Sala C, “Sar, Juan F. c. Gastrotex SRL s/ Medida precautoria”, del 13/11/2014).

Su acreditación definitiva será consecuencia del pleno marco probatorio al que dé lugar el juicio, acotándose la exigencia cautelar a la acreditación sumaria de la probabilidad o verosimilitud de que ese derecho exista y se encuentre en peligro de ser vulnerado en grado tal que, de esperarse el dictado de la sentencia definitiva, su satisfacción podría verse frustrada (CNCom., Sala A, “Herrera de Noble, Ernestina c. Supercanal Holding s/ Sumarísimo”, 05/09/2001; íd. Sala B, “Brunetti Nicodemo c. Sesti, Francisco y otro s/ Ordinario”, 26/11/2010 entre muchos otros).

Por tal razón, si bien en este estadio preliminar debe imperar la prudencia, no es menos cierto tampoco que la propia naturaleza cautelar exige que se adopte, asimismo, una interpretación flexible a efectos de entender configurados los extremos que hacen a su procedencia (CNCom., Sala D, “González, Osvaldo R. y otro c. Cimato, Francisco A. y otro s/ ordinario s/ Incidente de apelación art. 250 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación”, 04/07/2013; íd. Sala C, “Costa, Roberto c. T4F Inversiones SA y otros s/ medida cautelar”, 06/08/2010).

Bajo tales premisas, y aun cuando pudiera entenderse verosímil el derecho que alega la asociación demandante en base a la resolución ministerial invocada, los términos de la pretensión anticipatoria imponen su rechazo.

No paso por alto la especial protección normativa que merecen los consumidores ni tampoco el principio de prevención del daño, hoy consagrado de manera expresa en

los arts. 1710 y ss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

No obstante, aun haciéndome cargo que la tutela judicial anticipatoria que caracteriza a la acción preventiva del art. 1711 del citado código podría llegar a resultar de aplicación para conjurar perjuicios derivados de la multiplicidad de derechos regulados en este último cuerpo legal y/o del ordenamiento jurídico en general (vgr. derechos derivados de las relaciones de familia, de la protección de la legítima, respecto de derechos reales e incluso en el plano de los vínculos contractuales), tengo para mí que la circunstancia definitoria que en cualquier caso habilitaría su otorgamiento, más aún tratándose de derechos esencialmente patrimoniales, es el hecho de que se esté vislumbrando un perjuicio “irreparable”.

Dicha exigencia adicional a los extremos cautelares clásicos es resultado del carácter autosatisfactivo de este tipo de pretensiones, en tanto, como queda claro de los propios argumentos de la peticionaria, lo que se persigue con su pedido es lograr anticipadamente no una cautela del patrimonio que sería prenda común de una eventual condena, sino directamente lograr el mismo resultado que recién se obtendría con el dictado de una sentencia favorable a su parte, o en expresión usada por doctrina y jurisprudencia en esta materia, con su solo despacho se estaría agotando en sustancia la pretensión de fondo que, de lo contrario, habría de debatirse en el juicio, ya que incluso no puede pensarse que este pedido de inmediato reintegro tenga la finalidad de quedar depositado en una cuenta judicial.

Por eso, se las ha catalogado a este tipo de medidas “... como una herramienta que traspasa la órbita de las medidas preliminares, con autonomía, que se agota en sí misma y que tiene fuerza vinculante mediante una sentencia que previene el ulterior proceso contencioso, porque la satisfacción preventiva se ha agotado ya con lo actuado dentro de ese tipo de proceso...” para destacarse que su excepcional dictado exige: a) una verosimilitud “calificada” del derecho material alegado, signada por una fuerte atendibilidad; y b) la urgencia imposterizable: no solo se ha de consumir el tiempo propio del debate sino también el derecho que se procura obtener con la pretensión del proceso...” (CNCom., Sala F, “Las Magnolias SCA s/ Medida Precautoria”, 21/03/2013; Sala D, “Uniquim SRL c. Faggioni, Rubén B. s/ Medida precautoria”, 21/03/2013; misma Sala, “Scatamacchia, Mauricio R. c. Bloc SA s/ Medida precautoria”, 06/04/2009).

Se erige así la noción de “irreparabilidad del perjuicio” como un extremo cautelar propio y adicional de las medidas cautelares que, como la prohibición de innovar, las innovativas y/o lisa y llanamente las autosatisfactivas como la aquí pretendida, quedan comprendidas en lo que la moderna doctrina procesal ha denominado “procesos cautelares urgentes”, entre los que se encuentran las “medidas anticipatorias” (Rojas, Jorge A, Sistemas cautelares atípicos, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 27-29, 124-128 y 138 y ss.; CSJN, causa P. 489 XXV “Pérez Cuesta SACI c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (prohibición de innovar)”, del 25/06/1996, Fallos: 316:1833; ver también considerando 5° en *in re* “Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros” del 07/08/1997).

Se explica, en tal sentido, que este especial tipo de procesos cautelares presupone la necesidad de satisfacer de manera urgen-

te, total o parcialmente, la pretensión que el peticionario formula en el proceso antes del dictado de la sentencia definitiva, por el daño irreparable que originaría cualquier dilación, cuyo objeto es la cautela provisoria no el reconocimiento de la pretensión en sí misma, propia de las medidas autosatisfactivas (Rojas, Jorge A., ob. cit., p. 139, con cita de Arazí, Roland, Tutela anticipada, en Revista de Derecho Procesal, N° 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 391).

De ahí que se señale que “...no solamente la representación del daño debe estar configurada por la urgencia en sí misma, como presupuesto tradicional, sino que además por el tiempo que insuma el desarrollo del proceso judicial, y además, por la posibilidad de que esos daños, por las dos circunstancias apuntadas (urgencia y proceso), se puedan agravar, con lo cual el sentido del proceso quedaría totalmente desvirtuado ya que empeoraría la situación que trata de encauzar...” (Rojas, Jorge A., ob. cit., p. 143).

El reconocimiento de este tipo de medidas ha sido admitida por nuestro Máximo Tribunal en *in re* “Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros” del 07/08/1997 (fallos: 320:1633), donde ha sostenido, en lo que me interesa destacar, lo siguiente:

“...Que esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (confr. Fallos: 316:1833 y causa P. 489 XXV “Pérez Cuesta SACI c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (prohibición de innovar)” del 25 de junio de 1996)...” (considerando 6°).

“...Que ello resulta así, pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones —en tanto dure el litigio— sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva...” (considerando N° 10). En definitiva, para la Corte Suprema de Justicia de la Nación los referidos procesos cautelares urgentes se apoyan fundamentalmente en la “irreparabilidad del perjuicio”, como también lo ha dejado sentado en otros precedentes, al expresar que “...Todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida cautelar debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza —Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite—...” (CSJN, “Pla, José M. y otros c. ENA Ministerio de Defensa s/ Ordinario”, 26/09/2012, p. 436. XLVI. REX; mismo tribunal, “Neuquén, Provincia del c. Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/ Acción de amparo - Aportes del Tesoro Nacional”, del 26/09/2006, N. 308. XLI. ORI, Fallos: 329:4161).

Por ello exige a los jueces en la ponderación de estos casos que se aprecian urgentes, que “...El examen de la concurrencia del segundo requisito mencionado exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secue-

las que lleguen a producir los hechos que se pretende evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso (Fallos: 319:1277). En este sentido se ha destacado que ese extremo debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar la aplicación de las diversas disposiciones impugnadas, entre ellos su gravitación económica...” (Fallos: 318:30; 325:388).

Es decir que si bien el auxilio jurisdiccional que se me ha solicitado es claramente excepcional por todas las implicancias que en el plano procesal apareja, insisto, su reconocimiento, aun cuando exija una mirada restrictiva, lejos está de encontrarse prohibida en la medida de que, junto a la necesaria configuración de los restantes extremos cautelares, se presente un escenario donde sin ese auxilio la irreparabilidad del perjuicio que sufriría el demandante aparezca muy factible.

Lo dicho es lo que me impide, sin necesidad de ponderar en este estado primigenio del expediente la mayor o menor verosimilitud del derecho colectivo individual homogéneo que se alega afectado, otorgar semejante y excepcional pedido.

Y ello, pues, sin parecerme irrelevante un extremo público y notorio como lo es el efecto económico de la cuarentena en gran parte de los hogares de nuestro país, se me presenta claro que en el marco de una acción con estas características, donde hoy el colectivo afectado es absolutamente indefinido en su individualidad como así también en la magnitud económica que representaría las consecuencias de la ilicitud, pueda pretender afectarse sin oírlo previamente a la demandada, máxime considerando la consistencia patrimonial que cabe presumir de esta última, que *prima facie* habilita a suponer que el dictado de una rápida sentencia luego de que ejerza su derecho de defensa frente a tal pretensión y por vía de hipótesis favorable a la asociación demandante, estará en condiciones de afrontar el reintegro de las sumas que se dicen percibidas ilícitamente, en otras palabras, tomando como veraz que una parte esas cuotas ya fueron cobradas, aspecto que jurisdiccionalmente entonces no se puede conjurar con la tutela que se pretende de cara al futuro, no advierto que el tipo de padecimiento que aquí se trata sea de insusceptible de reparación ulterior, incluso, insisto, ponderando la dificultad económica cierta que está afectando a una gran parte de argentinos.

Es que no puedo perder de vista que con un escenario cautelar como el pretendido, que importa una solución urgente no cautelar y despachable *in extremis*, podría estar afectando seriamente la garantía constitucional de la defensa en juicio de los afectados por la medida y sin una sentencia en contra suyo (CNCom. Sala A, “Ripoll, Juan J. s/ Medida precautoria”, 15/11/2016), mientras que ya sea por vía de amparo o la sumarísima también propia del reclamo de los consumidores, encuentro imprudente dictar semejante tutela anticipatoria cuando el horizonte de una decisión definitiva aparece muy cercano.

Por todo lo expuesto resuelvo: 1) Habilitar la feria a los efectos de la deducción de esta acción por considerar imposterizable su tratamiento. 2) Desestimar la medida cautelar solicitada. 3) Remitir las actuaciones al juzgado asignado a efectos de que se dé curso a la presente acción en los términos de las Acordadas 32/14 y 12/16 CSJN. 4) Notifíquese por secretaría a la peticionaria y cúmplase con la remisión dispuesta. — *Eduardo E. Malde.*