

# Unidad





COLUMNA DE OPINIÓN

## El juez "modulador" del proceso civil

Jorge W. Peyrano

**"M**odular", se sabe, es cambiar armoniosamente algo que viene dado en música, lenguaje y, por qué no, Derecho Procesal. Si se modula, es porque en el caso se requiere alguna adecuación para un mejor resultado.

En lo que nos interesa, es decir, el proceso civil, sucede que estamos demasiado acostumbrados al paternalismo del legislador que fija imperativamente las pautas procesales de las cuales no puede apartarse nadie a la hora de litigar.

Cierto es que el legislador, excepcionalmente, autoriza a bosquejar judicialmente algún formato procesal (1), pero debe recordarse que, según la opinión mayoritaria, "tal potestad no puede ser ejercida por el magistrado cuando una norma indica para una determinada contienda un trámite específico" (2). Más aún, no forma parte de los usos forenses la práctica de la susodicha autorización excepcional (3). Ello, por más que existan legislaciones de fondo que, sin decirlo expresamente, más que autorizar, obligan a los jueces a diseñar formatos procesales adecuados. Así, por ejemplo, acontece con el Derecho Ambiental proveniente de la ley 25.675 que si bien admite soluciones procesales novedosas (4), no ha derivado en la generación de un proceso ambiental integral.

Siempre la modulación judicial se produce en pos de una tramitación más de acuerdo con las circunstancias del caso. Repárese en el supuesto, nada académico ni hipotético, de un escrito de demanda pergeñado durante varios meses y que consta de centenares de páginas cuyo destinatario debe, si o sí, buscar un letrado y organizar su defensa en diez días.

CONTINÚA EN PÁGINA 4

## La partición mixta de la herencia

Francisco A. M. Ferrer

SUMARIO: I. Antecedentes. — II. La cuestión en el Código Civil y Comercial; procedencia de la partición mixta. — III. Naturaleza y características de la partición privada o mixta. — IV. Requisitos de la partición mixta. — V. Prohibición. — VI. Conclusión.

Aunque este procedimiento particionario se denomine "mixto" porque requiere "aprobación judicial", lo exacto es que tal acto jurisdiccional no modifica el carácter privado y extrajudicial de la partición y su efecto vinculante entre las partes, pues el auto aprobatorio es un requisito de eficacia que no integra el acto jurídico particionario en sí mismo. Es una condición extrínseca que atañe al perfeccionamiento del acto y a la constitución formal del título, pero no a su validez como tal acto particionario.

### I. Antecedentes

El originario texto del art. 3462 del Código de Vélez Sarsfield disponía: "Si todos los herederos están presentes y son mayores de edad, la partición puede hacerse en la forma, y por el acto que los interesados o la mayoría de ellos, contados por personas, juzgaren conveniente, siempre que el acuerdo no sea contrario a la esencia misma de la partición".

Este artículo se interpretó con arreglo a lo establecido en el art. 3465, por lo cual se consideró que los herederos no sólo deben ser mayores de edad, sino también capaces (art. 3465 inc. 1); deben acordar por unanimidad la partición privada (art. 3465, inc. 3) y una vez resuelto este tema, pueden por mayoría elegir la forma de concretar la partición, por instrumento público y privado, y la manera o modo de llevarla a cabo. La referencia al requisito de la mayoría provocó opiniones discordantes, en cuanto a que la forma de distribuir la herencia no debía quedar sujeta a la decisión de la mayoría, sino que debía surgir de un acuerdo general, que era lo común. (1) Además, el arbitrio de los interesados, en cuanto a la forma, soporta una fuerte limitación, las particiones extrajudiciales de herencia deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, cuando su importe llegue a mil pesos, o en las que haya bie-

nes inmuebles, aunque su valor sea inferior a dicha cantidad (art. 1184 inc. 2º, originario). Y si la partición se realiza en un instrumento privado, cuando hubiera debido ser hecha en escritura pública, se entenderá que habrá lugar a una demanda por escrituración, conforme al compromiso contraído. (2)

Al margen de esta normativa, se difundió una práctica de hacer la partición eludiendo el trámite procesal de la partición judicial y el formalismo de la escritura pública. Los herederos unánimemente convienen la partición en un instrumento privado y luego lo presentan al juez pidiendo su aprobación. El Registro de la Propiedad de la Capital se resistió a la inscripción de este convenio, que contenía adjudicación de bienes inmuebles, situación que dio lugar a la intervención de las cámaras civiles, las cuales resolvieron el asunto por vía de superintendencia. En sesión plenaria declararon que dicho convenio era una partición privada, la cual no podía suplir a la escritura pública, y que, en consecuencia, la orden de inscripción que había impartido el juez de la sucesión no debía cumplirse (28/3/1921, *Gaceta del Foro*, 121-272).

Pero al poco tiempo, en un juicio contencioso, la Cámara 1ª en lo Civil de la Capital declaró que las decisiones adoptadas en ejercicio de la Superintendencia son ajenas a la función jurisdiccional; y marcando una reacción estableció que no podía ser objeto del título con el cual había sido vendido un inmueble, cuyo título consistía en una partición hereditaria concertada privadamente por los herederos sin el requisito de la escritura pública, ni intervención de peritos, pero presentada al juicio sucesorio y aprobada por el juez (21/5/1924, *Gaceta del Foro* 50-207). En estas circunstancias fueron convocadas nuevamente a sesión plenaria las cámaras civiles y el 17 de octubre de 1924 resolvieron lo siguiente: "La partición efectuada por los herederos mayores de edad (capaces), presentada al juicio y aprobada judicialmente, tiene la autenticidad plena de la escritura pública, siendo un requisito formal prescindible la intervención de un perito, pues no existe ninguna norma que imponga la nulidad por tal omisión, por lo cual una vez inscripta esta partición en el respectivo Registro constituye un título perfecto e inatacable que hace innecesaria la escritura pública". (3) Y así se

declaró válida la partición hecha privadamente por todos los herederos aprobada por el juez, reconociendo su entidad judicial. (4) Se la denominó partición mixta, pues la eficacia del instrumento privado depende de su presentación al proceso sucesorio y de la aprobación del juez. Su incorporación al juicio le da carácter judicial a la partición. (5)

Se consolidó la doctrina de que es un título perfecto el que deriva de la partición privada de inmuebles presentada al juicio sucesorio y homologada por el juez, puesto que se trata de un instrumento público y la homologación convierte a la partición privada en judicial (6), con valor equivalente a la escritura pública (7), la cual se torna absolutamente innecesaria. (8)

Habiéndose impuesto este criterio, fue re-ceptado legislativamente por la reforma de 1968 al Código Civil (ley 17.711), que modificó el inciso 2 del art. 1184, cuya redacción quedó así: "Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública... 2) Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediante convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión". Se normativizó la práctica judicial.

Esta partición mixta también se consagró explícitamente en los códigos procesales al disponer que si todos los herederos capaces estuviesen de acuerdo, podrán formular la partición y presentarla al juez para su aprobación; (art. 726 CPCC de la Nación; art. 761, CPCC, Bs.As., etc.).

Con esta fórmula se eliminaron las dudas que suscitaba la ambigua redacción del texto originario del Código Civil respecto a la exigencia de la mayoría de los herederos para resolver la forma o manera de efectuarla, ahora se requiere la unanimidad tanto para decidir que la partición sea privada, como para determinar el modo o la manera de efectuarla y el acto por el cual se la llevará a cabo. En este último aspecto los coherederos tienen dos opciones: la hacen por escritura pública o por instrumento privado, que de-

CONTINÚA EN PÁGINA 2

### COLUMNA DE OPINIÓN. El juez "modulador" del proceso civil

Jorge W. Peyrano..... 1

### DOCTRINA. La partición mixta de la herencia

Francisco A. M. Ferrer..... 1

### NOTA A FALLO. La paciencia del consumidor, la dignidad humana y las prácticas abusivas

Rafael F. Barreiro..... 5

### JURISPRUDENCIA

SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES. Empresa de telefonía condenada a abonar indemnización por daño moral por el incumplimiento en la prestación del servicio. Reclamo de deuda ilegítima durante un plazo superior al año. Informe al Registro de Deudores Morosos. Llamadas del usuario al área de atención al cliente. Prácticas desgastantes. Derechos del usuario. Trato digno (CNFed. Civ. y Com.)..... 5



## VIENE DE PÁGINA 9

Salta a la vista cuando se comparan los dos textos legales una sensible diferencia: la ley especial no contiene el parámetro de ponderación de la protección, pues impone únicamente dispensar trato y condiciones de atención dignos, mientras que el art. 1097 del CCyC, exige consultar los principios interpretativos de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Por otra parte, la Ley de Defensa del Consumidor remite a la equidad y el Código Civil y Comercial omite hacerlo en la regla referida, aunque suple esa falta —a mi juicio de manera más correcta— en el art. 1098 del CCyC, vinculando el trato equitativo con el mandato prohibitivo de la discriminación.

Podría considerarse a las conductas descriptas en esa regla como especie en relación con la norma general del art. 52 bis de la LDC. En efecto, adviértase que el art. 8° bis de la LDC, es una reglamentación de la amplia garantía del art. 42 de la CN, que exige dispensar a los consumidores un trato equitativo y digno. Las situaciones de inequidad e indignidad pueden justificar la aplicación de daños punitivos. Es palmario que la inobservancia del proveedor de estas pautas de conducta no puede sino provenir de un obrar intencional o, como mínimo, de una grave desatención en el cumplimiento de sus obligaciones. En la mirada de la cuestión que aquí se propone, este dispositivo no es una excepción confirmatoria de la regla de la objetividad que inspiraría la solución del mencionado art. 52 bis, sino que sobre la misma atribución subjetiva refuerza la defensa de los consumidores mediante el resorte de precaer situaciones vejatorias, expresamente reprimidas en el texto constitucional. Además hay aquí una referencia incuestionable a la equidad, que no tiene por qué considerarse ausente en el daño punitivo y, en rigor, en todo el sistema articulado en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios (45).

## V.2.2. El derecho comparado

En un muy rápido repaso, el examen comparativo de los distintos ordenamientos ofrece parecidas previsiones legales.

a) Perú (ley 29.571). El art. v, inc. 4, dispone que las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado. El art. 61, describe de manera enunciativa las cláusulas abusivas de ineficacia relativa y, específicamente, el inc. d incluye las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como las que establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o supongan

cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos. El art. 57, establece que también son métodos abusivos todas aquellas otras prácticas que, aprovechándose de la situación de desventaja del consumidor resultante de las circunstancias particulares de la relación de consumo, le impongan condiciones excesivamente onerosas o que no resulten previsibles al momento de contratar (44).

b) La Ley Federal de Protección al Consumidor de México, en sus arts. 20 y 24, apartado XX, dispone que la Procuraduría Federal del Consumidor, es un organismo descentralizado de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio. Tiene funciones de autoridad administrativa y está encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Su funcionamiento se regirá por lo dispuesto en esta ley, los reglamentos de ésta y su estatuto. Tiene, entre otras atribuciones, la facultad de requerir a los proveedores o a las autoridades competentes a que tomen medidas adecuadas para combatir, detener, modificar o evitar todo género de prácticas que lesionen los intereses de los consumidores, y cuando lo considere pertinente publicar dicho requerimiento.

c) Brasil (Código de Defensa del Consumidor, ley 8078, del 11 de septiembre de 1990). Según el art. 6. Son derechos básicos del consumidor: IV - La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos o desleales, así como prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el suministro de productos y servicios. El art. 39 prohíbe al proveedor de productos o servicios, entre otras prácticas abusivas: IV - Aprovecharse de la debilidad o ignorancia del consumidor, considerando su edad, salud, conocimiento o condición social, para convencerlo de adquirir sus productos o servicios; V - Exigir del consumidor una ventaja notoriamente excesiva; y VII - Transmitir información despreciable referente a un acto practicado por el consumidor en el ejercicio de sus derechos.

d) Paraguay (ley 1334). El art. 6, inc. e), determina que constituyen derechos básicos del consumidor la adecuada protección contra la publicidad engañosa, los métodos comerciales coercitivos o desleales, y las cláusulas contractuales abusivas en la provisión de productos y la prestación de servicios. El art. 14 prohíbe al proveedor: b) Aprovechar la ligereza o ignorancia del consumidor para lograr el consumo de sus productos o servicios; c) Hacer circular información que desprestigie al consumidor, a causa de las acciones realizadas por éste, en ejercicio de sus derechos establecidos en esta ley; y f) Discriminar al consumidor por razones de sexo, edad, religión, raza o posición económica, en la provisión de un producto o servicio ofertado al público en general.

e) Uruguay (ley 17.250). El Capítulo VII lleva por título "Prácticas abusivas en la oferta";

en el art. 22, inc. b), entre otras conductas consideras tales a aquellas cláusulas que importen hacer circular información que desprestigie al consumidor, a causa de las acciones realizadas por éste, en ejercicio de sus derechos.

f) La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de Ecuador (N° 2000-21), art. 4, establece que son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes: inc. 5, derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida; e inc. 12, derecho a que en las empresas o establecimientos se mantenga un libro de reclamos que estará a disposición del consumidor, en el que se podrá anotar el reclamo correspondiente, lo cual será debidamente reglamentado. Contempla un catálogo no taxativo de prácticas prohibidas (45).

g) La ley 453 de Bolivia, en el art. 23, prohíbe las prácticas comerciales abusivas e incluye las siguientes: cobrar en moneda que no se encuentre en curso legal y vigente; aprovecharse de la urgencia o necesidad económica de las personas; cobrar por los productos y servicios no provistos o no solicitados; cobrar por servicios, habiendo solicitado su corte o suspensión, salvo lo establecido en los contratos correspondientes; realizar actos o conductas discriminatorias para la accesibilidad a productos o servicios; el uso de métodos de cobranza que afecten la reputación, privacidad, actividad laboral o imagen de las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores; la enumeración tampoco es taxativa (46).

h) España. El Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, dispone en su art. 8°, inc. b), que es derecho básico de los consumidores y usuarios la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. El art. 49 prevé son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios: (i) en el inc. l, que el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios; y (ii) en el inc. m), que las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y la prestación de los servicios, y en especial las previstas como tales en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Es ilustrativo el texto del art. 39:

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes, para la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios, las prácticas comerciales de los empresarios dirigidas a ellos están sujetas a lo dispuesto en esta Ley, en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley

de Ordenación del Comercio Minorista. A estos efectos, se consideran prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial. No tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el art. 69;

3. Lo dispuesto en el apartado anterior no obsta la aplicación de: a) las normas que regulan las prácticas comerciales que puedan afectar a la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, incluidas las relativas a la seguridad de bienes y servicios; b) las normas sobre certificación y grado de pureza de los objetos fabricados con metales preciosos;

4. Las normas previstas en esta ley en materia de prácticas comerciales y las que regulan las prácticas comerciales en materia de medicamentos, etiquetado, presentación y publicidad de los productos, indicación de precios, aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y usuarios, comercio electrónico, inversión colectiva en valores mobiliarios, normas de conducta en materia de servicios de inversión, oferta pública o admisión de cotización de valores y seguros, incluida la mediación y cualesquiera otras normas que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales previstos en normas comunitarias prevalecerán en caso de conflicto sobre la legislación de carácter general aplicable a las prácticas comerciales desleales. El incumplimiento de las disposiciones a que hace referencia este apartado será considerado en todo caso práctica desleal por engañosa, en iguales términos a lo dispuesto en el art. 19.2 de la ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal en relación con las prácticas comerciales reguladas en los arts. 20 a 27 de dicha ley;

5. En relación con las prácticas comerciales relativas a servicios financieros y bienes inmuebles, podrán establecerse normas legales o reglamentarias que ofrezcan una mayor protección al consumidor o usuario.

Esta sintética comparación normativa sugiere que la dignidad es un presupuesto fundamental en relación con la tutela de los derechos de consumidores y usuarios, noción que se ha universalizado por influjo del reconocimiento, aceptación y efectiva vigencia de los derechos humanos, que han adquirido por ese motivo inusitada relevancia como límite a la actuación del Estado —y justificación última de su existencia— frente a los individuos o grupos. Los intereses alcanzados por este ámbito de protección tienen diversas esencias, pues no sólo se vinculan con la vida y

## NOTAS

[42] Véase, con este con la conclusión expuesta en el texto del precedente de la CNCom., Solo F, 10/5/12, "R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina SA s/ sumarisimo".

[44] En relación con el trato que el proveedor debe dispensar al consumidor, el art. 41 impone trato preferente de gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad. 41.1 El proveedor está en la obligación de garantizar la atención preferente de gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad, en todos los sistemas de atención con que cuente, debiendo facilitar al consumidor todos los mecanismos necesarios para denunciar el incumplimiento de esa norma bajo responsabilidad. 41.2 Respecto de los beneficiarios del trato preferente, el proveedor debe: a. Designar en un lugar visible, de fácil acceso y con caracteres legibles su derecho a la atención preferente. b. Adecuar su infraestructura en lo que corresponde e im-

plementar medidas garantizando su acceso y seguridad. c. Exonerar a quienes de turno o cualquier otro mecanismo de espera. d. Implementar un mecanismo de presentación de quejas contra quienes incumplan con esta disposición. 41.3 El proveedor que incumpla con lo establecido en esta norma y otras disposiciones sobre la materia es sancionado conforme a los procedimientos establecidos en las leyes, normas y reglamentos especiales. En los contratos de consumo no pueden incluirse cláusulas o ejercerse prácticas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos (art. 47, inc. b).

[45] Conforme está previsto por el art. 65, constituyen prácticas abusivas de mercado, y están absolutamente prohibidas al proveedor, entre otras, las siguientes: 1. Condicionar la venta de un bien a la compra de otro o a la contratación de un servicio, salvo que por disposición legal el consumidor debe cumplir con algún requisito;

2. Rehusar atender a los consumidores cuando su stock lo permita; 3. Enviar al consumidor cualquier servicio o producto sin que éste lo haya solicitado. En tal hipótesis, se entenderá como muestras gratis los bienes y/o servicios enviados; 4. Aprovecharse dolosamente de la edad, sexo, instrucción o capacidad del consumidor para venderle determinado bien o servicio; 5. Colocar en el mercado productos u ofertar la prestación de servicios que no cumplan con las normas técnicas y de calidad expedidas por los órganos competentes; 6. Aplicar fórmulas de reajuste diversas a las legales o contractuales; 7. Dejar de fijar plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, o dejarlo a su único criterio; y, 8. El redimido de tickets para efectivizar el cobro de intereses, multas u otras sanciones económicas en tarjetas de crédito, préstamos bancarios y otros similares.

[46] También guardan relación con el tema examinado el art. 6 que describe los principios de la protección y

defensa de los consumidores, específicamente: (i) Vivir Bien, *sama kaxxay, sama gaxaxa, ñandereko, teko kaxi, tai maraet, qhap'ñay*. Se asuaria y promoverá la complementariedad entre el acceso y disfrute de los bienes materiales y la realización afectiva, subjetiva y espiritual, buscando satisfacer las necesidades en armonía con la naturaleza; (ii) Consumo Responsable y Sustentable. Los hábitos de consumo procuran el uso de productos y servicios en armonía y equilibrio con la Madre Tierra; (iii) Integralidad. La interrelación, interdependencia y funcionalidad de las instituciones del Estado Plurinacional, se realiza acorde a los procesos políticos, sociales, culturales, ecológicos, económicos, productivos y de consumo desde las dimensiones del Vivir Bien, como base de la economía y el desarrollo, armonizados y articulados; y (iv) Integridad. Las relaciones de consumo se presumen fundadas en la licitud, honestidad y ética.



Un fundamento puede afianzarse en la concepción que había sostenido, con antelación a la vigencia del Código Civil y Comercial, muy prestigiosa doctrina mediante la coordinación entre los arts. 3° y 65, primera frase, de la LDC ("la presente ley es de orden público") que expone con claridad la extensión interpretativa que se debe otorgar a la preeminencia a la que se refiere el primero de esos preceptos. En consecuencia, en una interpretación legal, si hubiera colisión entre una norma de derecho común y otra que protege a los consumidores, primará esta última. Incluso la ley establece que en caso de duda sobre la interpretación de "los principios que establece esta ley, prevalecerá la más favorable al consumidor". (33). Ciertamente, aunque la referencia es a otra situación diversa, el criterio es aplicable para justificar la disposición legal y sugiere algunas consideraciones.

El carácter de orden público de la Ley de Defensa del Consumidor parece dejar fuera del ámbito operativo del último apartado del art. 7° del CCyC, en cuanto prescribe la aplicación inmediata de las disposiciones de las nuevas leyes supletorias más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. En efecto, las reglas del ordenamiento que protege a los consumidores o usuarios (ley 24.240) son de orden público, pero cabe plantear si las normas que tienen idéntico propósito tutelar en el Código Civil y Comercial también tienen esa naturaleza. Si la respuesta fuera afirmativa el eventual conflicto quedaría aprehendido por el principio general de irretroactividad y de inaplicabilidad a los efectos de relaciones o situaciones jurídicas anteriores y resulto en favor de la norma de orden público frente a la regla implemente supletoria de la voluntad de las partes (arts. 963 y 964). Esto conduce a sostener que no todas las disposiciones del Título III del Libro III del nuevo Código son indisponibles para las partes.

Se ha puesto de manifiesto que "al ser el principio pro consumidor un derecho fundamental, es tributario de las fuentes primarias del ordenamiento jurídico —Constitución, Tratados de Derechos Humanos—, siendo la no regresión un contenido insertado" (34).

El respeto a la voluntad de las partes, que han celebrado un contrato sujetándose a la ley vigente al momento de su conclusión, impone juzgar esa relación por las disposiciones de la ley reemplazada. A partir de este correcto criterio, es posible remarcar que si se trata de una relación de consumo, en especial si se establece

un vínculo durable, "cabe descartar la presunción de una voluntariedad común sobre la remisión a las normas supletorias vigentes" (35).

Interpretada correctamente entonces la disposición del art. 7° del CCyC, es factible concluir que las normas tutelares de los consumidores y usuarios, sean de orden público o aquellas supletorias de la voluntad de las partes, deben ser inmediatamente aplicadas a los contratos en curso de ejecución. Esta premisa guiará las consideraciones siguientes (36).

## V.2. Las prácticas abusivas

Como consecuencia de los fundamentos expresados en el apartado precedente, no se advierte la existencia de óbice valedero que pueda oponerse eficazmente ante la aplicación de la nueva regulación legal que se anunció en el primer párrafo de esta sección.

El art. 1096 del CCyC establece que "las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092". Los arts. 1097 a 1099, garantizan al consumidor el trato digno, impiden la discriminación y el trato inequitativo y, además, prohíben las prácticas limitativas de la libertad de contratar.

En los Fundamentos del entonces Anteproyecto del Código Civil y Comercial se justificó la propuesta de incorporar la regulación de las prácticas abusivas. Textualmente se expresó que "conforme con lo dicho en relación con el método, debe comenzarse con la Constitución Nacional que establece el "trato digno", de manera que el Código es una implementación de esa norma, efectuada con conceptos jurídicos indeterminados y dejando lugar a la ley especial para que desarrolle reglas precisas y adaptables a un sector muy cambiante. En este aspecto se incorpora la equiparación de consumidores a personas expuestas y se establecen normas generales" (37).

Los derechos a la información veraz y adecuada, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno tienen reconocimiento expreso en el art. 42 de la CN y, por consiguiente, se hallan ubicados en un rango supralegal, a la vez que constituyen fuente directa de la regulación de las prácticas abusivas en el Código Civil y Comercial, junto con las Convenciones Internacionales sobre Derechos Hu-

manos. Adviértase que, la nueva codificación ha influido fuertemente en esta materia, pues ha variado el enfoque jurídico en relación con el derogado Código Civil que se erigió en el centro del sistema normativo de derecho privado patrimonial. Gil Domínguez ha sostenido al respecto y con extrema precisión que "lo que cambia radicalmente es el sistema de fuentes donde abrevia cada norma" (38).

Las prácticas abusivas refieren a los comportamientos que debe observar el proveedor de bienes y servicios en la relación de consumo (39). Las actividades de producción e intercambio de bienes o servicios, están fuertemente influidas por las actitudes que se asumen frente al consumidor y que se encaminan a lograr un mayor volumen de ventas mediante lo que se conoce como un más alto grado de penetración en el mercado. Ese resultado se obtiene con alguna frecuencia mediante conductas que exhiben aptitud para lesionar los intereses —sin distinción de su naturaleza— de los consumidores y usuarios. El novedoso régimen legal de los contratos de consumo, en su nacimiento de ese dato informativo que la realidad ofrece, demuestra el propósito de precaver aquí usualmente imponiendo a los proveedores reglas de actuación positivas u omisivas, esto es, exigiendo un obrar concreto y positivo o abstenciones, frente a situaciones apreciadas como particularmente perjudiciales, mediante la remisión a conceptos jurídicos indeterminados que permitirán su aplicación a casos precisos.

La normativa europea ha reconocido también estas nociones. El art. 2° de la Directiva 2005/29/CE a las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores (que en lo sucesivo enuncia como "prácticas comerciales") como: todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores (40). Según Stiglitz, "las prácticas comerciales son todos los mecanismos, técnicas y métodos que sirvan, directa o indirectamente, a facilitar la salida de la producción. Se trata de un concepto extremadamente amplio que incluye el marketing, las garantías, los servicios posventa, la ejecución del contrato y la extinción de las obligaciones derivadas de los contratos" (41).

Lorenzetti, concibió las prácticas comerciales como aquellos "procedimientos, meca-

nismos, métodos o técnicas utilizados por los proveedores para fomentar, mantener, desarrollar o garantizar la producción de bienes o servicios al destinatario final (42). Esta fórmula descriptiva es amplia y, por consiguiente, tiende a encuadrar los más diversos comportamientos. Sigue el lincomiento que adoptó el nuevo Código en el sentido de imponer la indeterminación conceptual como núcleo normativo, reservando la precisión a los ordenamientos especiales, de modo que se requiere en esta materia una adaptación hecha sobre la base de parámetros legales y fácticos que, por su naturaleza, se presentan como mutables.

## V.2.1. El Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor

Construido el examen de esas prácticas reprobadas a la materia de la decisión en comentario, el art. 1097 del CCyC, dispone que "Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias".

Otro tanto está previsto en el art. 8° bis, LDC, que exige a los proveedores garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. En ese sentido deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias y no podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la LDC, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.

CONTINUA EN PÁGINA 10

## NOTAS

(33) ALEGRIA, Héctor, "Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial", *La Ley* del 26/01/10.

(34) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "La aplicación del artículo 7° del Código Civil y Comercial y el principio pro consumidor", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2015-1, Rubinzal-Culzoni, S.U. P.U., 2015, p. 395. La autora parte de la base de la marcada tendencia a la protección de los consumidores y considera la regulación del "Título III del Libro III como un núcleo" indispensable que deberá operar en el diálogo de fuentes.

(35) TARABORRERA, I. I., 4086 N., "Aplicación de la ley en el tiempo según el nuevo Código", *LA LEY*, 2016-E, 636. Afirma el autor, con evidente base en los Fundamentos del Anteproyecto: "por ello, dado que usó de premisa que la nueva ley mejora según lo justo a la derogada y que el legislador la emitió en el acuerdo con lo que parece más razonable según los cambios sociales o las prácticas negociadas, no es posible interpretar lo que hubieron con justicia pactado las partes de haberlo previsto, parece conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida en el sentido de que, al encontrarse de consumo en curso de ejecución, se sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor".

(36) CNCom., Sala P., 19/05/16. "Faehar S.A.C.I.P.L. c. Forc S.A. s/ ordinario".

(37) Al no haberse modificado el art. 8° bis de la ley 24.240, perdió vigencia el resto de la fundamentación

expresada en los siguientes términos: "La ley actual contiene la siguiente norma: "Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor" (artículo 8° bis incorporado por artículo 6° de la ley 26.361). Sin derogarla, aunque ajustando su relación para adecuarse a la regulación contenida en el Anteproyecto, se la amplía con base en principios claros: trato digno, trato equitativo, no discriminatorio, protección de la dignidad de la persona, tutela de la libertad de contratar, con lo cual se alcanza un espectro de situaciones amén que la jurisprudencia, la doctrina o la legislación especial pueden desarrollar".

(38) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El art. 7° del Código Civil y Comercial y los procesos judiciales en trámite. Una mirada desde el sistema de fuentes constitucional y convencional", *Revista Código Civil y Comercial, Héctor Alvargonzález*, Año 2, N° 1, La Ley, Bs. As., julio de 2015, p. 18. Destaca el autor que "mientras el actual Código Civil refleja un paradigma de Estado legislativo de derecho que siempre estuvo en gran tensión con el modelo constitucional argentino, el Código Civil y Comercial refleja el paradigma de Estado constitucional y convencional de derecho argentino vigente desde la reforma constitucional de 1994. Quizás el más radical que una de las claves para poder entender de qué manera funcionará el art. 7, donde necesariamente se deberá mirar más a la Constitución y a los Instrumentos Internacionales de derechos humanos que a la tradicional doctrina civilista". Es posible extender esta interpretación —secundada en consecuencias a la disciplina contractual, con el impacto que significa admitir que el texto constitucional es la fuente primera del derecho privado que no requiere de intermediación reglamentaria.

(39) JUNYENT BAS, Francisco - MEZA, Mariano Inés, "Contratos de consumo", en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, José María Durá, Director, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Tomo III, Bs. As., 2016, p. 967.

(40) En los fundamentos de la Directiva se aclaró que se aborran las prácticas comerciales que influyen únicamente en las decisiones de los consumidores sobre transacciones relacionadas con productos. No se refiere

a prácticas comerciales realizadas fundamentalmente con otros fines, como las comunicaciones comerciales dirigidas a inversores, por ejemplo, informes anuales y publicaciones de promoción empresarial. La Directiva no trata de los requisitos legales en relación con el buen gusto y el decoro, los cuales varían considerablemente de un Estado miembro a otro y, también, protegen directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Es fácil advertir, de esta manera, que la legislación comunitaria europea carece de estrecha vinculación con nuestro ordenamiento, pues los puntos de contacto son escasos en el aspecto aquí considerado.

(41) STIGLITZ, Rubén S., "Lealtad comercial, prácticas abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación. Suplemento Especial La Ley Código Civil y Comercial de la Nación, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, noviembre 2014 p. 103. Expresa el autor que las prácticas comerciales operan en un punto medio entre la oferta y la demanda o "como el proceso mediante el cual los productos son lanzados al mercado y al mercado a todas las medidas que se destinan a promover la comercialización de productos y servicios y que porta como dato principal el de la publicidad, además de todos los mecanismos de venta". Véase, asimismo, la interesante función que asignó al marketing en las relaciones de consumo.

(42) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Consumidores", Rubinzal-Culzoni, S.U. P.U., 2009, p. 155.



## VIENE DE PÁGINA 7

Pero, como recién se ha dicho, es corriente asignar a los daños punitivos otras dos finalidades: reparatoria y preventiva. En rigor, la cuestión es sumamente ardua y refiere a un plano de mucha mayor amplitud, que se vincula con la esencia misma de la responsabilidad civil (21). Es bastante notorio que la responsabilidad en el derecho argentino se ha disgregado en dos vertientes: la que corresponde a las relaciones de consumo y aquella otra que la precedió —y que, por haber demostrado su falta de adecuación actual, ha sido desmembrada— permaneciendo mutilada en la regulación del Código Civil derogado.

Es claro que la reparación del daño ocasionado escapa al exclusivo ámbito de la regulación de las relaciones de consumo y se inserta también en aquel marco de características más generales, que no debe ser desechado absolutamente en tanto constituye el núcleo del derecho obligacional. Pero, como se decidió, es ostensible es que la reforma legislativa introducida por la ley 26.361 conllevó una modificación en la concepción de la responsabilidad civil de nuestro sistema codificado, que posee como presupuesto la idea de la reparación integral y plena del perjuicio causado (arg. art. 1083 Cód. Civil) (22).

Debe tenerse en cuenta que el llamado microsistema de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, influyó en el macrosistema constituido por el derecho civil patrimonial, específicamente en materia de responsabilidad cuando se trate de los vínculos descriptos por el art. 3 de la ley 24.240. Y también que esta incidencia es recíproca, como fue acertadamente explicado por un ilustre profesor (23).

## IV.3.2. La función preventiva de la multa civil

La función preventiva de los daños punitivos no es desconocida en general por la doctrina autoral o jurisprudencial, sea alcanzada por el medio que pudiere utilizarse (24). Si se asigna a los daños punitivos una función preventiva, que comparte con la responsabilidad civil como categoría más amplia y continente de aquellos, guardar a más que provoca un daño resarcible podría frustrar esa finalidad (25). En primer lugar, la frustración del propósito disuasorio inmediato, relacionado con el hecho que originó el litigio, no impide que la aplicación de la multa civil tenga incidencia para casos futuros y respecto de todos los proveedores por su generalidad. De otro lado, aunque el incumplimiento de obligaciones legales y contractuales como requisito que habilita la imposición de la multa civil es de muy amplio contenido, incluye ciertamen-

te al daño causado. De este modo parece que puede admitirse que además de una especie particular de compensación del perjuicio concretamente sufrido, los daños punitivos pueden ser apreciados en una faz sancionatoria y otra preventiva o disuasoria. Este instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares (26).

La primera, consiste en castigar civilmente una infracción que se considera particularmente grave con sujeción a las conductas desplegadas por quien ocasionó un daño o colocó a otro en posición de sufrirlo. Este objetivo sancionatorio cuenta con apoyo en la opinión de los juristas (27) y es fácilmente diferenciable de la función reparatoria integral que está ínsita en la naturaleza de la responsabilidad civil.

Pero la interpretación se torna más dificultosa cuando se trata de describir los perfiles de la disuasión en relación con la facultad punitiva que se suelen presentar indisolublemente unidos. Es que la amenaza de la aplicación de una sanción puede tener el efecto de precaver la reiteración de conductas consideradas disvaliosas. Sin embargo, parece que es posible sostener que la punición opera en referencia a una conducta ya realizada mientras que la prevención alude a un obrar futuro (28).

Se ha señalado "el doble carácter del instituto, porque su finalidad no es sólo la de castigar a la demandada por una conducta grave, sino también desalentarla en el futuro, vale decir, que se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos similares. De tal modo, la introducción de los daños punitivos implica reconocer que la responsabilidad civil, al lado de su función típica que sin dudas consiste en reparar, también puede y debe cumplir finalidades complementarias a los fines de la prevención y punición de ciertas conductas. Irigoyen Testa señaló que la función de los derechos punitivos habilita a distinguir un aspecto principal y otro accesorio: el principal es la disuasión de los daños conforme con los niveles de prevención deseables socialmente; y, por otra parte, la accesorio es la sanción del dador ya que toda multa civil, por definición, tiene una finalidad sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria" (29).

Nada de lo aquí expuesto importa desconocer las reglas establecidas en el régimen de la función preventiva del daño que se estructuran en los arts. 1710 a 1715, CCyC, pero que se relacionan con cuestiones diversas que no es oportuno analizar aquí.

## IV.3.3. La sanción impuesta en el caso

La práctica tribunalaria permite advertir una paulatina, aunque lenta, consolidación de la vigencia de la multa civil que contempla el art. 52 bis mencionado en la doble faz que ha sido destacada. En este estado de la interpretación es perceptible que, además de otras funciones análogas, la multa civil se encamina a reprimir conductas desviadas de los proveedores para lo cual ha de tomarse en consideración el perjuicio resultante, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho (art. 43, LDC) y a prevenir que se irroguen perjuicios a los consumidores o usuarios, desalentando futuras conductas lesivas de la persona o el patrimonio de las personas tuteladas.

Parece evidente que las conductas de la prestadora del servicio de telefonía móvil reseñadas con anterioridad, tienen suficiente entidad para justificar la aplicación de la sanción prevista por el art. 52 bis de la LDC tal como fue decidido. Es que ese obrar trahiera un desinterés notorio por la suerte del reclamo instaurado por el usuario, a la vez que causó un daño patrimonial directo consistente en el cobro indebido de los abonos y recargos por servicios que no se prestaron —o no debieron haberse prestado frente a la retención expuesta por el cliente— al perjudicado.

Con relación al daño punitivo, la Cámara expresamente señaló que la *precedencia de este rubro no se relaciona con los daños efectivamente sufridos, sino con la conducta grave de quien los ha causado*, destacándose luego su persistencia y las *graves negligencias en que incurrió la prestadora del servicio*. Debe coincidir con ese juicio en tanto la descripta actitud del proveedor encuadró perfectamente en las previsiones del art. 52 bis de la ley 24.240. La calificación hecha en la sentencia no merece, a mi entender, reparo alguno si la cuestión es apreciada con sujeción a los hechos acreditados.

La concreta determinación de la sanción es un tema que genera estériles discusiones, razón por la cual alcanzar consenso en la cuantía fijada es poco menos que ilusorio. Cada quien sostendrá la postura que más se acomode a su análisis del asunto y justificará la ponderación a distintas variables, todas ellas dotadas de razonabilidad. Pero debe reconocerse la dificultad que plantea establecer el monto de la multa civil porque su estimación depende del enfoque que surja del examen personal y las impresiones que el juzgador extraiga de la causa, que no puede reemplazarse por opiniones elaboradas en un contexto ulterior más completo y diverso. En suma, la apreciación

de la suficiencia de la reparación se halla influida por muy distintos factores imposibles de unificar (30). La experiencia desaconseja proponer criterios unánimes en una materia que, como lo es la aplicación del daño punitivo, depende en gran medida de ingredientes íntimos y abordajes particulares de muy difícil reproducción. La prudencia aconseja omitir cualquier crítica sobre el punto.

## V. La posible solución del diferendo con base en consideraciones diversas

Sin desmedro del favorable juicio crítico que la elucidación del conflicto hecha en la sentencia de referencia, la cuestión podría apreciarse en un diverso, pero no contrario, enfoque normativo. Un somero examen de sus contornos, fundado en las disposiciones que rigen los contratos de consumo, podrá resultar de utilidad a fin de evaluar la protección integral de los consumidores.

## V.1. La aplicación inmediata de las normas regulatorias de las relaciones de consumo

He tenido oportunidad de señalar que cuando una ley modifica sustancialmente o directamente suplantada a otra, debe determinarse la validez en el tiempo de la novedosa y la posibilidad de que la reemplazada tenga aplicación prolongada. Es claro que así planteado el enfoque, la legislación antigua y la que se sancione posteriormente coexistirán durante un lapso mayor o menor, dando lugar a posibles conflictos de interpretación. Es evidente que el paso del tiempo contribuirá a asentar los criterios aplicables y, también, permitirá lograr consensos hermenéuticos más o menos estables, apaciguando las posturas divergentes hasta arribar a una imprescindible uniformidad en la materia. Mientras tanto es menester examinar atentamente las distintas posturas elaboradas por la doctrina y su recepción por la jurisprudencia de nuestros tribunales, para despejar en lo que fuere posible las vacilaciones en la interpretación (31).

Con respecto a las normas del derecho del consumo, que son las que aquí interesan a los fines de dar un panorama más amplio en relación con la cuestión decidida, una elogiable sentencia estableció, en referencia a los contratos de ejecución, que esa regla general "se invierte en el sentido de que, al contrato de consumo en curso de cumplimiento, le son aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor. O sea, las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata. No dispone la aplicación retroactiva de la ley sino su aplicación inmediata a los contratos en curso de ejecución" (32).

## NOTAS

MESA, Marcelo J., "Tratado de la Responsabilidad Civil", t. I, La Ley, Bs. As., 2006, ps. 556/7; TINTI, Guillermo Pedro - ROITMAN, Horacio, "Daño Punitivo", REDYc 2012-1, Edición de los Derechos de los Consumidores, Rubinzal-Culzoni Editores, ps. 212/214.

(21) En este orden fue juzgado que si bien parece razonable encuadrar la responsabilidad del fabricante ante una acción de daños y perjuicios entablada contra él por violación a la ley de defensa del consumidor, en la órbita contractual; con la cual, le bastaría a este con la prueba del incumplimiento, materializado en la existencia de un daño a su salud, seguridad o intereses económicos, causado por el defecto o vicio del producto en cuestión, ya que verificado el incumplimiento la culpa se presume e incumbe al deudor la prueba de hechos exculpatorios o eximentes; lo cierto es que, en esta materia no cabe sujetarse a la prueba de un factor de atribución subjetivo (culpa) que pondría a cargo del consumidor la difícil prueba de que el vicio o defecto se debe a la culpa del fabricante, toda vez que nos hallamos ante una hipótesis de responsabilidad de índole objetiva, moldeada en las nociones de riesgo o vicio entendidas en el art. 1113, in fine, CCiv. que se insertan en

el ámbito propio de los llamados contratos de consumo (art. 40 ley 24.240); pero, más allá que el carácter de la responsabilidad sea objetivo o subjetivo, siempre es requisito ineludible la existencia de un daño y la concreta verificación de un nexo causal entre éste y la noticiada o vicio que se atribuye al producto, los que deben ser acreditados por quien invoca la responsabilidad. (N. Con., Sala C, 28/12/04, "Safar Rotamar, María Elena c. Industrias Alimercías Menesócinas (ALCO) s/ ordinario", id., Sala B, 7/12/07, "Amocan SA c. Antofalina Argentina SA s/ ordinario").

(22) CNCon., Sala E, 10/5/12, "R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina SA s/ sumarisima".

(23) MOSETT FURKASPE, Jorge, Del "micro" al "macro" sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes, REDYc, "Consumidores", Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe., p. 15.

(24) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Consumidores", Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe., 2009, ps. 538 (tutela inhibitoria) y 558 (daños punitivos).

(25) COLOMBRES, Fernando Matías, "Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor", La Ley del 16/9/08, p. 8.

(26) CCyC Zárate-Carpana, 29/05/2012, "Ayestarán Juan Carlos c. AMX Argentina S.A. s/ daños y perjuicios".

(27) GÓMEZ LEO, Osvaldo R. - AICEGA, María V., "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", JA, 2008-III-353, textualmente opina que "los daños punitivos —traducción literal del inglés 'punitive damages'— son las sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir hechos similares en el futuro".

(28) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, Soluciones posibles para la casuística aplicación de los daños punitivos en Argentina, LN ejemplar del 6/8/13, p. 1. Según su criterio, la utilización insuficiente de la multa civil (para cumplir sus objetivos disuasorios) está originada no tanto en la falta de conductas reprochables o fallas probatorias por parte de los reclamantes, sino más bien en la constatación de lo arraigado que está en la cultura jurídica argentina el principio de imposibilidad de enriquecimiento sin causa, que para muchos pareciera entrar en tensión ostensible con la solución legal del gesti-

no exclusivo de la condena al damnificado que contiene el actual art. 52 bis LDC.

(29) JUNYENT BAS, Francisco y GARZINO, María Constanza, "Daño Punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino", La Ley del 19/12/11, p. 2.

(30) SIGAL, Martín, "Contratos de consumo", Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rivera-Medina Directores, t. 111, La Ley, Bs. As., 2015, p. 738. Se señaló que "si el consumidor no tiene una expectativa de ver retribuido un esfuerzo, riesgo y costas de litigar, es muy improbable que inicie acciones contra prácticas nocivas de los proveedores, viéndose afectado así, no sólo su efectivo acceso a la justicia, sino el control sobre prácticas de mercado disvaliosas".

(31) BARREIRO, Rafael F. La aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas anteriores a su vigencia y las relaciones de consumo. El daño punitivo, CCyC 2016 (junio), 06/06/2016, La Ley, p. 185 y ss.

(32) CNCon., Sala H, 18/04/15, "Triuneros, Raúl Omar c. Valtch International s/ daños y perjuicios", voto del Dr. Kiper.



paración a quienes padecieran las afectivas consecuencias de dicho proceder (7).

La indemnización del daño moral en el caso de incumplimiento contractual se encuentra regulada en el art. 1082, inc. a) del CCyC, que remite a las disposiciones del Título V del Libro Tercero. El carácter restrictivo que la jurisprudencia asignaba a la reparación de esta clase de daño en materia contractual, tenía esencialmente a excluir de este ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pudiera ocasionar el incumplimiento del contrato (8). Sin embargo esa razonable restricción no puede erigirse en un obstáculo insalvable para el reconocimiento del agravio moral cuando el reclamo tiene visos de seriedad suficientes y encuentra base sólida en los antecedentes de la causa (9).

Es perceptible que el precedente que aquí comentamos se ubicó en idéntico plano argumental. Decisión razonable, además, si se aprecia debidamente que el demandante vio afectada su legítima expectativa de obtener el cese del cobro de sumas dinerarias que no adeudaba y, tal frustránea situación bien pudo aparejarle sin-sabor, ansiedad y molestias que de algún modo trascendieron la normal adversidad que en la vida cotidiana se verifica frente a contingencias ordinarias. Este razonamiento encuadra perfectamente en los hechos del caso examinado.

Por ese motivo si la empresa proveedora incurrió en incumplimiento imputable ejecutando deficientemente las prestaciones que tenía a su cargo, no adecuó su obrar al estándar de profesionalidad que le era requerido, quebrando con tal proceder las legítimas expectativas del usuario de sus servicios (arg. 902, Cód. Civil que se corresponde con el actual y más completo art. 1725, Cód. Civil y Comercial), debe responder por los perjuicios a éste irrogados. Y en esa dirección parece notorio que no se puede ponderar la conducta del proveedor de servicios con los mismos parámetros aplicables a un néfito, pues su actividad profesional debe ajustarse a un *standard* de responsabilidad agravada. En tal sentido cabe precisar que el art. 954 del Cód. Civil y su doctrina, previsión legal incorporada actualmente al art. 332 del Cód. Civil y Comercial, admite una nueva lectura, en clave de consumidor, la inexperiencia es la ineptitud comercial, la falta de habitualidad en el intercambio y, la ligereza —antes contemplada como misteriosa o inadecuada— surge nítida en la sociedad actual. Es la fuente principal de los desequilibrios que la legislación que protege a los consumidores y usuarios se ordena a preservar.

El proveedor de bienes o servicios en estos tiempos no puede alegar el desconocimiento de errores o defectos, ni escudarse en su falta de intención maliciosa. Como sostiene Mosset Hurraspe el derecho del consumidor guarda relación íntima con el mercado y con sus fallas, cuanto mayor e importantes sean éstos, mayor será el rol que debe desempeñar como ordenamiento tuitivo (10). En relación con ello, se ha dicho que las fallas estructurales del mercado, que consistirían en la exclusión de grupos de personas —de diversa magnitud— del acceso a los bienes y servicios que no pueden disfrutarlos; la legislación adoptó una postura prescindente con relación al problema de la distribución de la riqueza, dirigiendo la corrección de la asignación desigual de recursos a las reglas del propio mercado (11).

En el sentido expuesto, se explicó que es “una simpleza presentar el mercado como fruto espontáneo de fuerzas económicas autosuficientes; y todavía más grave suponer que la actuación de los poderes públicos ha de limitarse a corregir los llamados fallos del mercado o, como mucho, a prevenir el denominado riesgo sistémico (situaciones de colapso en las que el mercado ya no existe, degradado a una masa de vendedores atemorizados que no encuentran contrapartida, y que acaban generando el consiguiente estrangulamiento del crédito, para terminar comprometiendo la propia solvencia del sistema general de pagos). No hay que esperar al fallo ocasional para intervenir (inspeccionando y sancionando, cuando proceda, normas incumplidas), porque para entonces mucha gente ya habrá perdido su dinero. Cuando el propio sector no produce reglas prudenciales y de conducta, cuando las olvida, o trata de atrincherarse en un falso *laissez faire*, la acción pública, y la función irrenunciable del Derecho en defensa del interés general, exigen articular o recomponer el marco de juego dentro del cual es posible la actuación ignominiosa y libre de los particulares. Desconocer verdades tan elementales por mucho que se adorne de espeliosos argumentos presuntamente científicos, es clara ignorancia o pura fantasía” (12).

En definitiva, proveedores probos, honestos, de buena fe, acostumbrados a transacciones en equilibrio, ven en este derecho la consagración de una ética empresarial, de una “moral comercial” que es buena, deseable y conveniente para toda la sociedad. El derecho del consumidor apunta a “limpiar el mercado”, a purificarlo, a superar sus vicios, sea en orden a la conducta de los que

intervienen, sea en punto a usos y costumbres negociales (13). Como agudamente se ha decidido, derecho y economía confluyen en esta temática y aportan lo suyo para concluir en una “utilidad y justicia”, en un lucro con equilibrio, en el cual priva la solidaridad negociadora (14).

Los hechos tenidos en cuenta para admitir la indemnización del daño moral, que se asientan en buena medida en los razonamientos precedentes, fueron ajustadamente resueltos en el voto del juez preopinante: *es nítida la situación de angustia que debió invadir al usuario al verse incluido en dicho registro (Veraz). Este panorama que vivenció el oclar durante un término de más de un año, permite dar cuenta de la zozobra que genera en una persona el reiterado reclamo de una deuda ilegítima, como así también la imposibilidad de regularizar la prestación del servicio de telefonía celular. Es más, si alguna duda queda respecto de la situación que debió afrontar el Sr. ADET, las pruebas testimoniales sirven para disiparla. Lo hasta aquí expuesto, me impresiona como suficiente para sustener que se ha postulado al Sr. ADET a una disyuntiva insuperable y frustrante de sus afectaciones íntimas al no estar a su alcance paliar el incumplimiento de la compañía telefónica, mientras observa que, seguramente, los momentos por él atravesados pudieron ser vividos con un mínimo de diligencia de Telefónica Móviles Argentina.*

Esa carencia de diligencia, encuadrable sin esfuerzo en la previsión del art. 1724 del CCyC, funcionó como factor de atribución subjetivo y eficiente justificación del resarcimiento dispuesto, porque la conducta del proveedor de servicios implicó una absoluta falta de consideración de los derechos del consumidor.

IV.3. El daño punitivo

En el considerando VI del fallo comentado se examinó la procedencia de la aplicación del daño punitivo. Del tema me he ocupado con mayor extensión en otro lugar (15), con base en consideraciones que omitiré reiterar aquí para evitar extenderme en demasía. Sólo recordaré algunas pocas ideas sobre esta cuestión.

El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, según modificación introducida por la ley 26.361, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del daño punitivo. Expresamente contempla que al proveedor que no cumple sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del

damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley.

Como es fácil advertir la normativa de defensa de los consumidores asimila el daño punitivo con la multa civil, pero en poco incide esa referencia para aclarar el concepto (16). Acaso sea este uno de los más mínimos problemas interpretativos que plantea el dispositivo, que ha sido severamente censurado por la doctrina y la jurisprudencia, especialmente en relación con su insuficiencia. Y es evidente que la parquedad que traduce esa omisión ha sido la fuente de las encendidas disputas interpretativas que fueron destacadas en la introducción de este análisis y que también han sido resueltas en la decisión del Tribunal Superior cordobés.

Puede convenirse en resumen, para no distraer el examen de la cuestión central, en que el denominado daño punitivo es una pena privada que consiste en una suma de dinero suplementaria o independiente de la indemnización que le pueda corresponder a la víctima para reparar los daños sufridos que tiene por finalidad castigar una grave inconducta del demandado, hacer desaparecer los beneficios obtenidos a través de ella y prevenir su reiteración en el futuro (17). Estos aspectos serán considerados más adelante con algún detenimiento.

IV.3.1. La naturaleza sancionatoria del daño punitivo

La atribución de función punitiva a la multa civil prevista en el art. 52 bis, LDC, aunque presenta distintos vaivenes en punto a la adición de propósitos diversos que con frecuencia se ha hecho, es constante en los precedentes jurisprudenciales (18) y está presente también, pero sujeta a una intrincada polémica en torno a su asimilación a la normativa penal cuyos principios se aplicarían en esta materia, en las elaboraciones doctrinales (19), que han destacado a la vez su excepcionalidad (20).

● CONTINÚA EN PÁGINA 8

[ NOTAS ]

(7) CNCom., Sala C, “López Carlos, c. Banco Roca Coop. Ltda., s/ord.”, del 12/09/94, id., 23/03/98, “Rodrigo Juan Carlos y otros, c. Esso S.A.P.S.A., s/ord.”, id., “Porcel Roberto José e. Viajes Puerto SRL, s/sum.”, del 28/03/03; “Allan Gabriel P. y otro c. Club Vacacional SA —Rincón Club— y otros, s/ordinario”, id., Sala F, “González Ricardo Adrían c. CTE PCS SA, s/ordinario”, del 06/06/10, id., “Castro Dela Noemi e. Herley Internacional Seguros SA, s/ordinario”, del 04/06/10, id., “Lochini Hernán Ricardo e. Banco de la Nación Argentina y otro, s/ordinario”, del 27/04/11, id., “Farango Juan Antonio y otro e. Banca Río de la Plata SA, s/sumarísimo”, del 22/04/10.  
(8) BORDA, Guillermo A., “La reforma del 1968 al Código Civil”, Ed. Perrot, Bs. As., 1971, p. 208.  
(9) CNCom., Sala C, “Giorgetti Héctor R. y otro c. Georgalos Hnos. S.A.I.C.A., s/sumarísimo”, del 30/03/99, id., “Mito Olga Beatriz, c. Caja de Seguros SA, s/ordinario”, del 28/05/97.  
(10) MOSSET HURRASPE, Jorge, “Introducción al derecho del consumidor”, en *Revista del Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 1996, Sta. Fe, p. 15.  
(11) CNCom., Sala A, “Rodríguez Fermínides, Consueiro e. Citibank NA s/ord.”, del 10/10/06, id., Sala D, “Berdierian Carlos, e. Citibank NA, s/sum”, del 12/09/02, id., Sala F, “Vásquez Gabriel Fernando, e. CTE PCS S.A., s/ordinario”, del 23/03/10.  
(12) BARRERO, Rafael F., “El factor subjetivo de atribución en la aplicación de la multa civil prevista por la ley de defensa del consumidor en *Revista del Derecho Comunitario, del Consumidor y de la Empresa*, Año V, N° 2, La Ley, junio de 2014, ps. 123-135.  
(13) A los fines de elucidar la diferencia conceptual y su fundamentación puede consultarse con provecho la clara y suficiente explicación que ofrece Graciela Isabel Lovace en su artículo Los daños punitivos en el derecho de los consumidores, publicado en *La Ley* ejemplar del 8/7/10, p. 5, pro. 4, quien recuerda la tradicional referencia a la disposición del art. 606 bis del Cód. Civil derogado.  
(14) CCyC Concordada, Sala 1, 6/12/12, “Zapata, Juan

Pablo e. Telecom Argentina SA s/sumarísimo (Civil)”, Se signa al indudablemente la opinión de PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos”, en *Derecho de Daños*, segunda parte, *Libro homenaje al Prof. Héctor Trigo Represas*, La Rocca, 1998, ps. 291/2, acerca quien los daños punitivos son “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos hechos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, y están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”. La CNCom., Sala F, 15/11/12, “Rosales Héctor Oscar e. Vansat SA (UAI Salud) s/amparo”, con el voto preopinante de mi estimado colega Dr. Ojeda Quintana decidió que la norma castiga la conducta del proveedor que incumpla con sus obligaciones y, aunque se establezca a favor del consumidor, no puede desconocerse el carácter sancionatorio que ostenta. Es cierto que la litigada corporación de los daños punitivos en la ley 24.240 proveyó un quiebre en nuestra cultura jurídica, por cuanto fue más allá del sistema resarcitorio para incluir en nuestro régimen positivo un sistema sancionatorio. Tal la opinión de FERRER, Germán Luis, “La responsabilidad de los administradores societarios y el daño punitivo”, publicado en *La Ley* ejemplar del 24/10/11.  
(18) SCJ Mendoza, 27/7/12, “Sosa, Beatriz Lucía en p. 3.428/13.283 Sosa, Beatriz Lucía e. AMX Argentina SA den. Comercial CLARo p. acc. amparo s/ inc. cas.”, que reaffirmó dicho carácter asserando que se trata de una de las sanciones previstas en la ley, que, en definitiva,

debe ser decidida por el juez en función de la concreción concreta. CCyC Sala 1, 18/4/11, “P., D. H. e. Telecom Personal SA s/sumarísimo”. La excepcionalidad es una cuestión que debe ser analizada con mucha más intensidad que la que se puede alcanzar en este breve comentario, pero merece ser tenido en cuenta que lo verdaderamente excepcional no es la disposición legal ni la multa que consagra, sino las situaciones que darán lugar a su probada aplicación.  
(19) ALVAREZ LARRONDO, Federico M., “Los daños punitivos y su naturaleza y extrema consunción”, *La Ley*, ejemplar del 28/05/10, p. 99. (ONDARCIHU, José Ignacio, “Los daños punitivos ‘vienen matrechados’ en la jurisprudencia nacional”, *La Ley* ejemplar del 6/3/11, p. 5. RUA, María Isabel, “El daño punitivo en la reforma de la ley de defensa del consumidor”, *La Ley* ejemplar del 31/7/09, p. 1. COSSARI, Maximiliano N. G., “Problemas a raíz de la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento jurídico argentino”, *La Ley* ejemplar del 2/12/10, p. 1. JUNY ENJ EAS, Francisco - GARZINO, María Constanza, “Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y acción”, *La Ley* ejemplar del 18/12/11, p. 3.  
(20) Véase PICASSO, Sebastián - VÁQUEZ FE RREY RA, Roberto A., “Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada”, t. I, *La Ley*, Bs. As., 2009, ps. 593/596 y 633/634; LORENZETTI, Ricardo Luis, “Consumidores”, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, ps. 557/558; TRIGO REPRESAS, Félix A. J. OPÉZ



## ● VIENE DE PÁGINA 5

riza las relaciones de consumo, tiene aptitud suficiente para generar daños que consisten generalmente en la producción de padecimientos o afecciones en el consumidor ante la imposibilidad de encontrar una solución no sólo rápida y eficaz, sino primordialmente satisfactoria, a su reclamación.

En tal sentido, se ha advertido en referencia a la disposición del art. 27 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) que “existe una tendencia creciente a que el consumidor o usuario tenga a su disposición una vía de comunicación con el proveedor a través de la cual puede entablar diálogo con una persona ‘de carne y hueso’ y no con una máquina, pues esta última tiene una capacidad de atención y de resolución de problemas que suele ser limitada y no apta para hacer frente a las distintas necesidades que puede presentar el usuario” (1). El contacto personal con otra persona humana adquiere de esta manera un perfil que apunta a evitar el trato frío y distante que se percibe si el planteo del consumidor es atendido por una máquina. En la legislación nacional, aunque está previsto para los servicios públicos domiciliarios, no cabe descartar su aplicación a otras situaciones como se verá luego.

Se vinculan con esta cuestión la certeza y suficiencia de la información que pueda recibirse a los fines pretendidos por el consumidor o usuario, sea que consistan en el cese de la relación o en la adecuación de las prestaciones base del reclamo, y el deber general de evitar ser perjudicado por una pluralidad de conductas que, como contrapartida, beneficien al prestador del servicio. Individualmente consideradas esas actitudes pueden tener escasa relevancia, pero ciertamente la potencialidad dañosa se incrementa con su reiteración. El contexto fáctico puede, de tal manera, derivar en ejercicio abusivo de los derechos.

Cuando las relaciones de consumo se construyen basándose en el desinterés, el desprestigio o la impericia del proveedor, es notorio que el vínculo así originado resulta susceptible de producir daños materiales y padecimientos espirituales que deben resarcirse. Conductas de esta clase no pueden quedar impunes ni ser toleradas porque las exigencias de la vida comunitaria repugnan esa realidad. No basta con introducir productos o servicios en el circuito económico que sean inocuos o adecuadamente apropiados para cumplir el propósito a que están destinados, sino que, además, dichas actividades lucrativas deben acompañarse con una permanente y fluida asistencia al consumidor de manera tal que se le permita alcanzar un alto grado

de satisfacción que no sólo se relaciona con la calidad de la prestación esperada. El negocio, la operación, en definitiva, el vínculo jurídico y económico que une al consumidor con el proveedor necesariamente debe colmar las expectativas o respetar la confianza generada en quien requiere un bien o servicio con el carácter finalista que exigen los arts. 1 de la LDC y 1092 del CCyC.

Téngase en cuenta que en paralelo con el contenido específico de la prestación que debe cumplirse, existen otros deberes de conducta conectados con ella pero que no son exclusivos de cada relación, sino que se presentan como imposiciones de orden general, comunes a todos los vínculos de consumo. Atender los reclamos, fundados o no, que pudiera introducir el consumidor es, evidentemente, una de ellas. Desconocer su incidencia práctica implicaría fraccionar aquello que se revela como una unidad: única es la relación y dichos deberes deben ejecutarse aun antes de la concertación del negocio —tratativas precontractuales— y hasta su finalización.

En esta materia el ordenamiento tutelar de los consumidores y usuarios establece algunas reglas:

(i) El art. 10 ter, LDC, según el texto incorporado por la ley 26.361, dispone que cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación. La empresa receptora del pedido de rescisión del servicio deberá enviar sin cargo al domicilio del consumidor o usuario una constancia fehaciente dentro de las 72 horas posteriores a la recepción del pedido de rescisión. Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario. La finalidad de este dispositivo concierne a las actividades económicas de prestación de servicios consiste en facilitar la extinción del vínculo mediante la aplicación de un adecuado principio de reciprocidad (que puede relacionarse con el mismo principio incorporado al art. 20, aunque en ese caso relativo a cuestiones puramente patrimoniales), que evita dilaciones y molestias innecesarias al consumidor.

(ii) El art. 12, LDC, impone a los fabricantes, importadores y vendedores de cosas muebles no consumibles, referidas en el art. 11, el deber de asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos. Adviértase que se trata de una imposición que se hará efectiva con posterioridad al inicio de la

relación y perdurará mientras la cosa pueda eficiente y previsiblemente cumplir con su finalidad, que se complementa con el régimen de garantías y la responsabilidad solidaria.

(iii) Como está previsto por el art. 27, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deben habilitar un registro de reclamos donde quedarán asentadas las presentaciones de los usuarios (2). Los mismos podrán efectuarse por nota, teléfono, fax, correo o correo electrónico, o por otro medio disponible, debiendo extenderse constancia con la identificación del reclamo. Dichos reclamos deben ser satisfechos en plazos perentorios, conforme la reglamentación de la presente ley. Las empresas prestadoras de servicios públicos deberán garantizar la atención personalizada a los usuarios. En primer lugar, debe precisarse que esta disposición no tiene que entenderse necesariamente limitada al ámbito de los servicios públicos domiciliarios, sino que puede proyectarse a los servicios de distinta índole (arg. arts. 3, LDC y 1094, primer párrafo, CCyC). Por otra parte, los medios de comunicación admitidos para formular reclamos se condicionan con lo que disponen los arts. 1105 a 1107 del CCyC, en la materia. Finalmente es útil llamar la atención sobre la exigencia de garantizar atención personalizada al consumidor o usuario reclamante regla que, si hubiera sido acatada estrictamente en el caso que se comenta, habría servido para superar rápidamente el conflicto de intereses. Nótese que el precepto al incluir las comunicaciones telefónicas como medio apto para que el consumidor haga las reclamaciones no está abandonando la imposición del trato personalizado. Ya se dijo aquí que no es indiferente para el reclamante el hecho de que la recepción de sus quejas sea hecha mediante una máquina o por una persona humana. Las posibilidades de entendimiento, el esclarecimiento de dudas relativas a los pasos a cumplir, la comprensión de los procedimientos —frecuentemente engorrosos— expresados con voces de locutores profesionales pero carentes de toda claridad, no reemplazan la comunicación humana ni representan ventaja alguna para el consumidor. En todo caso ese farragoso sistema produce beneficio al proveedor que, con la implementación de estos medios, se evita erogaciones mayores, sea porque no requerirá de la actuación de gran cantidad de dependientes o bien porque podrá evitar cumplir con las correcciones pertinentes, sin contar con que muchos reclamantes, suelen darse por vencidos y desisten de los cuestionamientos (3).

#### IV. Las sanciones por el incumplimiento

##### IV.1. El daño resarcible en general

Conforme está dispuesto por el art. 1787 del CCyC hay daño cuando se lesiona un

derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. El causante debe indemnizar a la víctima siempre que exista un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La determinación del resarcimiento debe comprender la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida (art. 1738, CCyC).

La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable (art. 1740, CCyC).

El art. 40 bis de la LDC, define el daño directo como todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios y establece el régimen administrativo que tiene por finalidad su reparación.

##### IV.2. El daño moral

Ha sido reiteradamente juzgado que el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas; entre otras, la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad psíquica, los afectos familiares, etc. (4). No se reduce al *pretium doloris*, pues involucra todo daño a intereses jurídicos extrapatrimoniales (5). Se trata de una lesión susceptible de causar lo que una aguda fórmula ha llamado *modificaciones disvaliosas del espíritu* (6) y que el art. 1788 del CCyC menciona como *afecciones espirituales legítimas*, junto a las consecuencias que resultan de la interferencia de un proyecto de vida.

Tampoco puede dejar de tenerse en cuenta —aunque no exista coincidencia sobre este aspecto— que el agravio moral debe ser entendido en una doble función, como sanción ejemplar al proceder reprochable y como re-

#### [ NOTAS ]

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CHAMATROPULOS, Demetrio A., “Derecho Consumidor. Derecho del consumidor”, CHOMER-SICOLI (directores), La Ley, Bs. As., 2015, ps. 218/9; quien cita la atención personalizada prevista para todos los servicios en el ámbito de la CABA (art. 1°, ley 2221 sobre “Oficinas para la atención al consumidor”) y la ley española, que establece de manera general la atención personal de los consumidores y usuarios más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios técnicos a su alcance, y prevé, además, que las oficinas y servicios de información y atención al cliente serán diseñados utilizando medios y soportes que sigan los principios de accesibilidad universal y, en su caso, medios alternativos para garantizar el acceso a los internos a personas con discapacidad o personas de edad avanzada.

(2) Recientemente se ha decidido que la injustificación negativa de la demanda u acompañar el libro de quejas de la sucursal correspondiente, en donde el actor habría vacilado su reclamo por las condiciones de conservación en que se hallaba uno de los productos adquiridos, es una circunstancia indicativa de la veracidad de los hechos relatados en la demanda, los cuales fueron corroborados con sus declaraciones testimoniales rendidas en autos, el ticket

de compra correspondiente, y la caja de pastas donde se aprecian las dos etiquetas de vencimiento superpuestas (CNCom, Sala B, 10/03/16, “Barrera, Jorge Ramón v. Coto Centro Integral de Comercialización S.A. s/ordinario”).

(3) Compárese con el más reduccionista régimen español, que en el art. 21, incs. 2 y 3, establece: 2. Las oficinas y servicios de información y atención al cliente que las empresas pongan a disposición del consumidor y usuario deberán asegurar que éste tenga constancia de sus quejas y reclamaciones, mediante la entrega de una clave identificativa y un justificante por escrito, en papel o en cualquier otro soporte duradero. Si tales servicios utilizan la atención telefónica o electrónica para llevar a cabo sus funciones deberán garantizar una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios técnicos a su alcance. Las oficinas y servicios de información y atención al cliente serán diseñados utilizando medios y soportes que sigan los principios de accesibilidad universal y, en su caso, medios alternativos para garantizar el acceso a los mismos a personas con discapacidad o personas de edad avanzada. Se deberán identificar claramente los servicios de atención al cliente en relación con las otras actividades de la empresa, prohibiéndose expresamente la

utilización de este servicio para la utilización y difusión de actividades de comunicación comercial de todo tipo. En caso de que el empresario ponga a disposición de los consumidores y usuarios una línea telefónica o efectiva de comunicación con el relación con el contrato celebrado, el uso de tal línea no podrá suponer para el consumidor y usuario un costo superior a la tarifa básica, sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas. A tal efecto, se entiende por tarifa básica el costo ordinario de la llamada de que se trate, siempre que no incorpore un importe adicional en beneficio del empresario. 3. En todo caso, y con pleno respeto a lo dispuesto en los apartados precedentes, los empresarios pondrán a disposición de los consumidores y usuarios información sobre la dirección postal, número de teléfono y número de fax o dirección de correo electrónico en la que el consumidor y usuario, cualquiera que sea su lugar de residencia, pueda interponer sus quejas y reclamaciones o solicitar información sobre los bienes o servicios ofertados o contratados. Los empresarios comunicarán su dirección legal si ésta no coincide con su dirección habitual de atención al cliente en relación con las otras actividades de la empresa, prohibiéndose expresamente la

más breve posible y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la presentación de la reclamación. En caso de que un dicho plazo ésta no hubiera sido resultante satisfactoriamente, los empresarios adheridos a un sistema extrajudicial de resolución de conflictos facilitará al consumidor y usuario el acceso al mismo cuando éste reúna los requisitos previstos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo y en la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo o normativa que resulte de aplicación y, como tales, hayan sido notificados a la red comunitaria de órganos nacionales de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo.

(4) CNCom., Sala B, “Katsikaris A. c. La Inmobiliaria Cía. de Seguros, s/ordinario”, del 12/08/86.

(5) CNCom., Sala B, “Galán Teresa c. Transportes Aeronáuticos Riachuelo S.A. s/sumario”, del 03/03/99.

(6) PIZARRO, Daniel, “Reflexiones en torno al daño moral y su reparación”, JA del 17/09/86, p. 8 y doctrina allí citada.



cional y muy bien fundamentada. Cabe observar la aparente evolución registrada en el tema por la doctrina aural. De tal modo, si tiempo ha se la confeccionaba de la siguiente forma: "En caso de extrema urgen-

cia, cuando se encuentren en peligro derechos fundamentales de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso sumarisimo y tomando las medidas

que el juez juzgue necesarias para una tutela real y efectiva; excepcionalmente, podrá decidir sin sustanciación. Las normas que regulan las medidas cautelares serán de aplicación supletoria, en lo que fuere pertinente y compatible con la petición" (8), en la actualidad parece abrirse a una concepción más amplia (9).

excepcional, de manera que no genere alguna suerte de desbalance entre las partes. La igualdad procesal debe ser preservada por la faena del juez modulador. Imaginamos que algún exceso se podrá registrar. De todos modos, es conocido que no se puede juzgar una institución por algún mal uso. ●

{ NOTAS }

- (8) MORELLO, Augusto - ARAZI, Rolando, "Procesos Urgentes", en JA, 2005 I 3.
- (9) MORELLO, Augusto, "¿Qué entendemos, en el

presente, por tutelas diferenciadas?", en *Revista de Derecho Procesal*, Ed. Rubinzal Cuccini, Año 2008-2, p. 18.

Por supuesto, insistimos en que el empleo de la referida cláusula debe ser prudencial y

Cita on line: AR/OC/3066/2016



## Servicio de telecomunicaciones

Empresa de telefonía condenada a abonar indemnización por daño moral por el incumplimiento de la prestación del servicio. Reclamo de deuda legítima durante un plazo superior al año. Informe al Registro de Deudores Morosos. Llamadas del usuario al área de atención al cliente. Prácticas desgastantes. Derechos del usuario. Trato digno.

Hechos: Se condenó a una empresa de telefonía a abonar una indemnización por daño moral a un usuario que soportó

el reclamo de una deuda indebida por un lapso superior a un año. Apelado el decisorio, la Cámara elevó el monto de condena.

1.- La empresa de telefonía que reclamó una deuda ilegítima a un usuario durante más de un año y hasta lo informó en una base de datos de deudores morosos debe ser condenada a abonar una indemnización en concepto de daño moral —en el caso, por \$16.000—, pues esas circunstancias son suficientes para sostener que se colocó a aquél en una disyuntiva insuperable y frustrante de sus afectaciones íntimas, lo cual pudo ser evitado con un mínimo de diligencia.

2.- La práctica de la empresa de telefonía demandada de tener al usuario que realiza un reclamo en un largo período de espera y de pasarlo de sector en sector sin darle solución al inconveniente no sólo es desgastante, sino que configura un trato bien dispar de aquel que garantiza el art. 42 de la Constitución Nacional y las disposiciones pertinentes de la ley 24.240.

Componentes del daño:  
Daño moral genérico: \$16.000.-

119.714 — CNFed. Civ. y Com., sala II, 11/05/2016. - Adet, Alfredo c. Telefónica Móviles Argentina S.A. s/ incumplimiento de servicios de telecomunicaciones.

Cita on line: AR/JUR/24017/2016

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 25/07/2016, p. 11, Atención al Cliente, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar) en Preview]

**! CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO**

El hecho dañoso:  
Reclamo de una deuda indebida en el servicio de telefonía

# La paciencia del consumidor, la dignidad humana y las prácticas abusivas

SUMARIO: I. Introito. — II. El precedente anotado. — III. Padecimientos cotidianos de los consumidores y usuarios. — IV. Las sanciones por el incumplimiento. — V. La posible solución del diferendo con base en consideraciones diversas. — VI. Conclusión.

Rafael F. Barreiro

I. Introito

Un reciente pronunciamiento jurisdiccional se adentró en muy interesantes y actuales cuestiones en materia de derecho del consumo, vinculadas estrechamente con las expresas garantías constitucionales que imponen dispensar a los consumidores un trato equitativo y digno. La trascendencia del tema decidido y su innegable actualidad hacen procedente un prolijo y profundo análisis de las argumentaciones jurídicas volcadas en el fallo que, sin duda, serán de provecho para los operadores del derecho.

II. El precedente anotado

La Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal (integrada por los jueces Ricardo Víctor Guarinoni, Graciela Medina y Alfredo Silverio Gusman) en 11 de mayo de 2016 dictó sentencia en los autos "Adet, Alfredo c. Telefónica Móviles Argentina SA s/ incumplimiento de servicio de telecomunicaciones". En ese pronunciamiento se condenó a la demandada a resarcir al actor, usuario del servicio de líneas de telefonía móvil prestado por aquella, los daños y perjuicios generados por el incumplimiento contractual con inclusión del daño moral, y se impuso, además, daño punitivo a la empresa proveedora.

Escuetamente expresada la justificación de dicha decisión consistió en haber desplegado durante un lapso considerable — año y medio— la empresa demandada conductas

que atentaron contra la dignidad del usuario que introdujo el reclamo y haberse desoido intencionalmente de la autoridad pública específica de control del servicio contratado.

El actor debió tolerar que la compañía telefónica no atendiera su reiterada petición de dar de baja las líneas; también debió soportar los reiterados reclamos por montos indebidos por un lapso de más de dieciocho meses, llegando el proveedor a iniciar tratativas legales de cobro en las que insistió aun después de ser intimada por la Comisión Nacional de Comunicaciones a cancelar los cargos y hasta incorporó al usuario en una base de datos de deudores morosos, motivo por el que resultó sancionado.

III. Padecimientos cotidianos de los consumidores y usuarios

La brevísima reseña hecha en el apartado antecedente demuestra acabadamente las dificultades que deben enfrentar los consumidores en las relaciones de consumo. No se trata en modo alguno de una situación aislada, excepcional o, si cabe el término, patológica, sino que la práctica evidencia una desafortunada reiteración de conductas similares frecuentes en un sector de la economía en el que los consumidores se encuentran en franca posición de vulnerabilidad: el de la provisión de servicios. Cualquiera que fuere el parámetro que se adopte para apreciar el grado de insatisfacción de los usuarios con la prestación recibida, la telefonía móvil

se encuentra de manera constante entre los primeros motivos de reclamación. El caso juzgado provee notoria evidencia de ello.

El Sr. juez preopinante, Dr. Gusman, mencionó en el considerando IV de su voto el tortuoso sendero que debió transitar el actor para obtener el reconocimiento de sus derechos, desconocidos en forma perlinz por la empresa demandada, que ignoró invariablemente los más elementales principios que rigen su vinculación con el consumidor afectado en la concreta relación de consumo entre ellos establecida. Esta calificación, relativa a haberse vinculado los litigantes mediante un contrato de consumo (art. 1093, CCyC) no puede cuestionarse seriamente. En efecto, esa relación fue concertada a título oneroso entre una empresa proveedora de servicios y un consumidor, destinatario final de esas prestaciones quien las empleó en beneficio propio.

La descripción de aquellos hechos hecha en la sentencia permite apreciar la magnitud del incumplimiento imputado a la empresa proveedora. Se recordó allí, siguiendo la negación hecha por el actor, "Del relato efectuado en la nota glosada a fs. 54 se desprende con claridad las prácticas desgastantes que debió enfrentar el usuario, discurriendo de otras actividades cotidianas. En ese sentido, el actor manifestó que luego de concurrir personalmente al edificio de la compañía 'Movistar', al tratar de comunicarme con el asterisco 611, nunca pude realizar el reclamo, porque los operadores que recepcionan los reclamos, no están preparados para solucionar el inconveniente o es una metodología de trabajo, que es escuchar el motivo por el cual uno llama y luego pasarlo con otro opera-

dor que va a realizar el trámite solicitado, al ser atendido por el nuevo operador vuelve a preguntar el motivo por el cual se llama, le comenta, responde que espere un momento y después de un largo período de espera me vuelve a decir que me van a pasar con el sector correspondiente hasta que cuando uno pide el número de reclamo, se corta la comunicación (fs. 54)".

Lo narrado no puede sorprender a nadie, pues es notorio que quien se haya visto inmerso en un trance de parecidas características conoce perfectamente las resistencias que debe vencer para obtener satisfacción al reclamo que leba hacerle al prestador de los servicios contratados. En consecuencia del largo trecho recorrido a fin de obtener el cumplimiento de la conducta a la que tenía derecho, reconocida previamente por la autoridad pública de control que intuyó y sancionó a la empresa prestadora del servicio de comunicaciones móviles, causó al reclamante no sólo daños materiales directos, sino también vulneró otros intereses personales —y personalísimos, como se advertirá más adelante— tutelados por el ordenamiento jurídico.

Es evidente, al menos si la cuestión es apreciada según la experiencia, que los proveedores de bienes y servicios suelen facilitar el acceso al consumo pero no observan idéntica actitud cuando de recibir reclamaciones por defectos en los productos o servicios, y mucho más aún si el consumidor desea extinguir el vínculo, por insatisfacción con las prestaciones recibidas o incumplimiento del proveedor. Esta distorsión en el cumplimiento de los deberes a cargo de la parte que ejerce predominio respecto de la otra, que proviene del cierto desequilibrio que caracte-



## VIENE DE PÁGINA 3

tículo, debe ser concedida cuando el acto sea de toda necesidad o de ventaja evidente.

2) **Unanimidad de los coherederos.** La partición privada sólo puede realizarse mediante acuerdo unánime de los coparticipes, que son los herederos (legales o testamentarios, sean éstos universales o de cuota), y cesionarios, totales o parciales de los derechos hereditarios del cedente. Basta la oposición de uno sólo de ellos para que haya que recurrir a la partición judicial. El acuerdo presupone la conformidad, expresa o tácita, sobre los bienes que componen la herencia, su valuación, la formación de los lotes y la adjudicación. (41) La valuación se deberá hacer en la época más próxima a la partición (arg. art. 2843, CCyC).

3) **No debe existir oposición de terceros fundados en un interés legítimo.** Los terceros que pueden tener interés legítimo en la partición son fundamentalmente los acreedores personales de los herederos, que podrían verse perjudicados por la adjudicación a su deudor de bienes sobrevalorados, créditos incobrables, etc. (42) De todas formas, ante el hecho consumado, el acreedor perjudicado podrá impugnar la partición por vía de la acción de

fraude o pauliana, o la acción de simulación, según el caso.

Por otra parte, el acreedor que obtuvo el embargo de los derechos y acciones de uno de los herederos y que fuera anotado en las actuaciones del proceso sucesorio está legitimado para intervenir en la partición que se intenta efectuar privadamente, toda vez que le asiste un evidente interés jurídico. (43)

Es nula de nulidad absoluta la partición realizada privadamente, no obstante la existencia de numerosos embargos trabados sobre los derechos de uno de los coherederos, pues mediante oposición de terceros interesados dicho acto debe celebrarse en sede judicial. (44)

## V. Prohibición

De acuerdo al art. 689 del CCyC los progenitores "no pueden (...) hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios".

La norma es concordante con el art. 2369 que exige la plena capacidad de todas las partes que intervienen en la partición privada, y con el art. 2371, inc. a), que impone la parti-

ción judicial "si hay coparticipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes".

La razón de la ley es evitar que los progenitores aprovechen la mayor experiencia y la posición negociadora de privilegio que surge del régimen de responsabilidad parental, para que no sea utilizada en su beneficio, en detrimento de los intereses del hijo. (45)

## VI. Conclusión

La partición celebrada por instrumento privado por acuerdo unánime entre todos los herederos que concurren a la sucesión, siendo éstos plenamente capaces, es un acto extrajudicial que surge del acuerdo voluntario y concordante de los coparticipes. Y aunque se presente al juez del sucesorio para su aprobación, por lo cual se la denomina "mixta", lo exacto es que no deja de ser un acto de la autonomía privada de las partes, pues su aprobación judicial es un requisito formal extrínseco al acto privado, con la finalidad de perfeccionarlo y conferirle el carácter de instrumento público, y título suficiente para producir la inscripción registral de la adjudicación de los bienes a los herederos.

Aunque el nuevo Código no haya contemplado este modo de partir, como lo hacía el art. 1184, inc. 2º del antiguo Código, lo mismo

podrá continuar practicándose, porque lo autoriza el texto amplio del art. 2369: los coparticipes presentes y plenamente capaces, por unanimidad, pueden hacer la partición en la forma y por el acto que juzgan conveniente. Y ninguna norma legal lo impide.

La naturaleza de tal convenio particionario, que puede abarcar la totalidad o sólo una parte de la herencia, es la de un contrato plurilateral, consensual, de carácter declarativo y con efecto retroactivo y, por ende, gratuito, en el cual si el consentimiento de una de las partes es nulo, ello causa la nulidad íntegra de la partición; no rige en él la condición resolutoria tácita; no intervienen terceros peritos para inventariar o tasar o partir los bienes, y, por último, impera la autonomía de la voluntad de las partes respecto a la forma de distribuir los bienes y composición de los lotes. ■

Cita on line: AR/DOC/3623/2016

## MÁS INFORMACIÓN

**Arianna, Carlos A.**, "Las reformas en materia de partición de herencia", LALEY, 09/11/2016, 1.  
**Rolleri, Gabriel G.**, "Validez de los arrendos particionales privados y el negocio mixto", LALEY, 2014-C, 115.

## [ NOTAS ]

RAONI, "Derecho de sucesiones", cit., t. I, ps. 446/447.

(41) CIGLI, Antonio, "Derecho de sucesiones", cit., nº148, p. 746; VAZ PERREYRA, Eduardo, "Tratado de las sucesiones", cit., t. VI-1º, nº 709, ps. 214/215.

(42) FERRER, Francisco A.M., "Los acreedores del heredero y la sucesión", Abuldo Perrot, Bs. As., 1992, nº 58bis, y comentario a los arts. 2369 y 2371, en ALTE-

RINI, Jorge H. (Director General), "Código Civil y Comercial Comentado", cit., t. XI, ps. 401 y 404; MEDINA,

Graciela, "Proceso sucesorio", cit., t. II, p. 265; GOYENA COPELLO, Héctor R., "Curso de procedimiento sucesorio", 10ª ed., LALEY, Bs. As., 2016, p. 304; AZPIRI, Jorge O., "Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio", Hahnamabi, Bs. As., 2015, p. 107; CABRERA

de CARIBOLLO, Cecilia - ORTELLI, Ana, "Derecho sucesorio", El Derecho, Bs. As., 2016, p. 156.

(43) CCiv. y Com., Mercedes, Sala I, 1878/97, LALEY, Bs. As., 1997-1038.

(44) CCiv., Sala K, 5/8/02, LALEY, 2002-E, 204.

(45) HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo L. (director), "Código Civil y Comercial de la Nación Co-

mentado", Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As. - Sta. Fe,

2016, t. IV, p. 549; BANSET, Úrsula, en ALTERINI, Jorge H. (Director General), "Código Civil y Comercial Comentado", cit., t. III, ps. 983/984.

## COLUMNA DE OPINIÓN

## El juez "modulador" del proceso civil

## VIENE DE TAPA

Loic Cadjet nos informó durante una de sus fructíferas visitas a la Argentina acerca del fuerte movimiento registrado en Francia respecto de la conveniencia de que, en la medida de lo posible, se construya un proceso civil "a medida", cuando fuera necesario, ajustado a las circunstancias de la causa. Sin embargo, sucede que en nuestro medio estamos casi "domesticados" para soportar sin cambios el formato procesal legislativamente asignado, cualesquiera fueren los avatares que ocurrieran durante la tramitación del debate. Afortunadamente, en la actualidad se está abriendo paso el concepto de "flagrancia civil". Recordamos que se propone la declaración de flagrancia civil, que alterará profundamente el formato del proceso de conocimiento en curso, cuando concorra una muy fuerte posibilidad de que le asista razón a una de las partes (existencia de jurisprudencia vinculante que define la contienda) o una inconducta procesal reiterada (5). Potentes son las con-

secuencias de la declaración de flagrancia civil que se proponen de *lege ferenda*: "Ha llegado el momento de exponer cuáles son las derivaciones que imaginamos para una declaración de flagrancia civil, siempre emitida a pedido de parte y previa audiencia de la contraria: a) vedar a ésta la atribución de promover incidentes, salvo que mediara conformidad de la contraria; b) inadmisibilidad de cualquier recurso que intente el afectado por la declaración de flagrancia respecto de toda decisión posterior, excepción hecha de la sentencia de mérito final; c) notificación automática desde su fecha al afectado, por la declaración de flagrancia de toda resolución ulterior, salvedad hecha del pronunciamiento final; d) facultar a la beneficiada por la declaración de flagrancia para que pueda reclamar que se reduzca a la mitad el término del período probatorio; e) autorizar a la beneficiaria de la declaración de flagrancia cuando se trata de la actora que solicite, previa prestación de contracautela, que garantice eventuales restituciones, una tutela anticipada de evidencia; vale decir que, con anterioridad al pronunciamiento de mérito, se le conceda todo o parte de lo que pretende, sujeto ello a las resultas de la cosa juzgada" (6).

En definitiva, se defiende la posibilidad de un proceso de conocimiento "mutante" que pueda cambiar al compás de lo acontecido

en la causa. Obviamente la tarea del juez modulador es variopinta. A veces, radicará en el diseño de un proceso *ad hoc* (así debería suceder, verbigracia, con la regulación procesal de la acción preventiva y del proceso ambiental), mientras que en otras su labor será más comprometida, pues deberá rediseñar la faena legislativa para tornarla más adecuada a lo que exige el conflicto.

De lo que no hay duda es que los tiempos que corren reclaman una necesaria flexibilización de las pautas procesales establecidas legislativamente; pautas que imaginamos pétreas e imperturbables pese a la evidencia de que la praxis está clamando por un ajuste que permita un mejor debate judicial.

Ahora bien: en verdad, lo más "audaz" que se ha hecho sobre este tema en nuestro medio ha sido proponer la aceptación de lo que se denomina "cláusula llave" (que faculta expresamente al magistrado a modular un trámite, en algunos procesos en particular y no de modo general). Así, en el rubro del proceso de tutela de los derechos del consumidor y del usuario el artículo 53 de la ley 24.240, según texto de la ley 26.361, reza lo siguiente: "Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal

ordinario competente, a menos que a pedido de parte el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado". Igualmente, el Código Procesal Modelo para los procesos de familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (7) dispone en su artículo 510 lo siguiente: "Adaptación del proceso. Potestades judiciales. En caso de extrema urgencia, si es necesario para salvaguardar derechos fundamentales de las personas, el juez puede resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso extraordinario y disponiendo las medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva". Por añadidura, dicho texto legal decreta en su artículo 14 la flexibilidad de las formas en general, en los siguientes términos: "Flexibilidad de las formas. Para evitar excesos rituales, el juez debe adaptar las formas sin conculcar el debido proceso. El pedido y la causa de la petición pueden ser interpretados extensivamente". El nuevo Código Procesal Civil de Santa Cruz también incluye una cláusula llave para trámites urgentes.

Constituiría un desiderátum que se difundiera una cláusula llave general (al modo brasileño) que permitiera a los tribunales adaptar sobre la marcha el trámite en curso, claro está de manera prudencial, excep-

## [ NOTAS ]

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.228)

(1) Artículo 319 Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación: "...Cuando leyes especiales remitan al juicio o proceso sumario se entenderá que el litigio tramitará conforme el procedimiento del juicio ordinario. Cuando la controversia versare sobre los derechos que o sean despreciables en dinero, o existan dudas sobre el valor reclama-

do y no correspondiere juicio sumarísimo, o un proceso especial, el juez determinará el tipo de proceso aplicable".

(2) ARAZI, Rotund - ROJAS, Jorge, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales", Editorial Rubinzal Culzoni, 2ª edición, p. 79 al pie.

(3) *Ibidem*.

(4) Advertirse que en su seno pueden despacharse medidas urgentes oficiosas, se reconoce un inusual proceder al órgano jurisdiccional, se consagró, por vez primera, en materia civil, la cosa juzgada *erga omnes* y se establece el principio precautorio que en los hechos involucra una inversión probatoria muy próxima a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

(5) FEYRANO, Jorge, "La flagrancia civil", LALEY, 2014-R, 955.

(6) *Ibidem*.

(7) Fue redactado por Mabel de los Santos, María de los Ángeles Balcaro de Burundarena y Marisa Herrera, bajo la supervisión de Aída Kemelmajer de Carlucci.



2) Es consensual, porque la extinción de la comunidad y el simultáneo surgimiento de la propiedad individual son efecto inmediato de su perfeccionamiento. (23)

3) Es un contrato con eficacia real, creador o modificación de derechos reales, y además generador de obligaciones (pagar un saldo en dinero o sanear la enajenación). (24)

4) Cada parte tiene derechos o asume obligaciones respecto de las demás. Todas las partes gozan derechos del mismo tipo; aunque las obligaciones de las diversas partes pueden tener un objeto diferente, una puede obligarse a pagar una suma de dinero, otra a conceder el uso y goce de un bien, etc. (25)

5) Consecuencia de la pluralidad y unicidad del contrato es que si el consentimiento de una de las partes es nulo, ello causa nulidad total de la partición, que queda sin efecto, incluso respecto de los otros coherederos, puesto que en la partición es esencial la participación y conformidad unánime de todos los herederos. (26)

6) Es un contrato sinalagmático en sentido amplio, con reciprocidad en la formación de los lotes, existiendo el sinalagma en la interdependencia y recíproca proporcionalidad entre las porciones atribuidas. (27) El objeto específico y común del contrato de partición privada es el de obtener cada parte la adjudicación de uno o más bienes que correspondan por su valor al de la cuota de cada una de ellas, interés propio de cada parte. No hay enajenaciones, sino transformación del objeto del derecho del comunero, la cuota ideal o indivisa sobre la universalidad jurídica hereditaria se transforma en bienes determinados que se le adjudican a título singular y exclusivo. Hay modificación del derecho de copropiedad en derecho de propiedad exclusiva, de la propiedad de una cuota indivisa sobre una masa de bienes, en la propiedad de bienes determinados. (28) Hay correlación en la formación de las porciones, pero este género sinalagma no importa colocar a la partición entre los contratos de cambio

y onerosos. (29) Y esto porque al tener la partición, sea privada o judicial, una naturaleza declarativa y un efecto retroactivo (arts. 3503, Cód. Civil; y 2403, CCyC) se considera que el heredero, por transmisión hereditaria, recibió directamente del causante los bienes que se le adjudicaron, desde el mismo momento del fallecimiento de aquél, y no tuvo nunca ningún derecho sobre los bienes que se adjudicaron a los demás.

7) De tal modo, la partición no es traslativa ni constitutiva de derechos, porque no transfiere ni constituye derechos, sino que es declarativa, porque se limita a reconocer un derecho pre-existente, ya adquirido en un acto anterior.

No crea un derecho nuevo, como el acto constitutivo, sino constata y declara que el coheredero adjudicatario del bien adquirió su derecho directamente del difunto, y no de sus coparticipes, por lo cual la adquisición se produce no por la partición, sino por sucesión (mortis causa) del causante, en el momento de su fallecimiento. Los coherederos, por tal razón, no son causahabientes recíprocos entre ellos, sino todos, individualmente considerados, son causahabientes del causante. La partición es, por consiguiente, declarativa, con efecto retroactivo a la apertura de la sucesión (arts. 2277, 2280 y 2403, CCyC; arts. 3282, 3420 y 3503, Cód. Civil).

8) En consecuencia, debido a este efecto declarativo y retroactivo, no puede afirmarse que el acto particionario en sí sea oneroso. La onerosidad es inconciliable con el carácter declarativo y efecto retroactivo de la división. (31)

9) No intervienen en este contrato peritos, ni inventariadores, ni tasadores ni partideros. No es necesario que los herederos efectúen un inventario de los bienes que van a partir, ni que los taseen en dicho contrato, y si lo hacen no necesitan la intervención de un tercero, ni menos aún de un partidero. (32) Pero si existen numerosos bienes en el activo hereditario, parece necesario que los herederos deban individualizarlos y los taseen para poder divi-

dirlos. (33) Asimismo, en la práctica deberán previamente en el juicio sucesorio hacer una denuncia de bienes con la correspondiente valuación al efecto de satisfacer los impuestos respectivos.

10) Rige la autonomía de la voluntad (34). Los comuneros podrán decidir hacer la partición en especie, o vender los bienes para repartirse el producido, o formar lotes en los que a unos herederos se les adjudique efectivo o créditos contra los coparticipes adjudicatarios de los bienes hereditarios, etc., y también podrán formar lotes desiguales sin compensación (35), pues si han podido renunciar a la herencia, que es lo más, pueden lo menos, que es aceptar la adjudicación de una porción menor de bienes con relación a la que les corresponde por su cuota. En suma, mientras todos estén de acuerdo y sean plenamente capaces de disponer, el contrato será válido, aunque no se atenga a las prescripciones legales o testamentarias. (36) Queda a salvo el derecho de los coparticipes de impugnar la partición por los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia o lesión). Ahora bien, si uno de los herederos no recibe nada o bienes por valor sensible menor al correspondiente de acuerdo al monto de su cuota, indudablemente el acto comporta una liberalidad a favor de los otros coherederos; por lo cual los herederos forzosos del heredero que ha beneficiado al otro u otros, podrán demandar oportunamente la colación o reducción del valor de dicha diferencia, según corresponda. (37)

11) La partición que se practica puede ser total o parcial, esto es, distribuyendo y adjudicando todos los bienes que integran el caudal hereditario, o sólo alguno de ellos, y dejando otros indivisos, sea por voluntad de los coparticipes o porque existen bienes que no son susceptibles de ser partidos temporariamente (arts. 2367 y 2369, último párrafo, CCyC).

12) En este contrato no rige la condición resolutoria tácita (arts. 1083, 1084 CCyC; art. 1201, Cód. Civil). Si a uno de los herederos se le adjudica un bien y a otro se le atribuye una compensación en dinero (partición con sal-

dos, art. 2375-2º párr. y 2377-2º párr. CCyC), la adquisición de la propiedad a favor del uno no está subordinada al pago del saldo a favor del otro; y no es aplicable la resolución por incumplimiento, porque no se trata de un contrato de prestaciones correspondientes, lo cual evita perjuicios injustos a los coherederos ajenos a la deuda. (38)

IV. Requisitos de la partición mixta

Si los coparticipes optan por realizar el acto particionario mediante instrumento privado para presentarlo luego al juez de la sucesión, se requerirá la reunión de los requisitos previstos para la partición privada en los arts. 2462 y 2465 (a contrario), del Cód. Civil, que se reiteran actualizando y variando parcialmente la redacción en el Código Civil y Comercial (arts. 2369 y 2371, a contrario):

1) Todos los herederos deben estar presentes y deben ser capaces. Respecto al primer recaudo (art. 2462, Cód. Civil, y 2369, CCyC), no es preciso que se encuentren físicamente presentes, puesto que no se trata de un requisito personalísimo; basta que el ausente haya dejado un apoderado, para que lo represente con poderes suficientes. (39) El poder deberá ser especial cuando la partición tenga por objeto algunos de los actos enunciados en el art. 375 del CCyC.

En cuanto a la capacidad, se trata de la capacidad de obrar o de ejercicio, que se adquiere a los dieciocho años (art. 25, CCyC). Son personas incapaces de ejercicio las mencionadas en el art. 24 y cones. del CCyC, por lo que ellas no podrán otorgar el acto particionario privado.

De acuerdo al art. 29 del Código Civil y Comercial los menores emancipados necesitan autorización judicial para celebrar una partición privada, pues la partición involucra un acto de disposición de bienes a título gratuito. (40) La autorización, agrega el citado ar-

CONTINUA EN PÁGINA 4

{ NOTAS }

(23) CAPOZZI, Guido, "Successioni e donazioni", cit., t. II, p. 317.  
 (24) Arts. 2375-2º párr., 2377-2º párr., 2372, 2374, 2380, 2381, 2403, 2404, 2405, CCyC; VAZ FERREIRA, Eduardo, "Tratado de las sucesiones", cit., t. VI-1º, nº 710, p. 215 y 217.  
 (25) PONTANARROSA, Rodolfo O., "El contrato plurilateral", Juris, 13, p. 358.  
 (26) CICU, Antonio, "Derecho de sucesiones", cit., nº 154, p. 771; VAZ FERREIRA, Eduardo, "Tratado de las sucesiones", cit., t. VI-1º, nº 710, p. 217.  
 (27) CICU, Antonio, "Derecho de sucesiones", cit., nº 149, p. 750; ALPA, G. - GAROFOLI, R. (dir. et al.), "Manuale di diritto civile", cit., p. 512.  
 (28) CICU, Antonio, "Derecho de sucesiones", cit., nº 149, p. 749/750, quien afirma que este efecto de la partición constituye un supuesto de subrogación real.  
 (29) CAPOZZI, Guido, "Successioni e donazioni", cit., t. II, pp. 1327/1328; DE CESARE, G.-CARTA, T., "La comunione e la divisione ereditaria", en RENSIGNO, Pietro (a cura di), *Successioni e donazioni*, Cedam, Padova, 1994, t. I, p. 29; MINUSSI, Daniele, "Le successioni", *Trattato di diritto civile*, Simone, Napoli, 2011, p. 387.  
 (30) CAPOZZI FERREIRA, Luigi, "Le successioni per causa di morte", Morano Editore, Napoli, 1977, nº 184, p. 736/737.  
 (31) BIANCA, C. Massimo, "Diritto Civile", Giuffrè, Milano, 2009, t. 6, *La proprietà*, p. 484. El efecto declarativo y retroactivo de la partición tiene su origen en el antiguo derecho francés, que se apartó del derecho romano, y se mantiene en el Código Civil (art. 883), y lo significan numerosas legislaciones, entre ellas, la nuestra. El sistema romano, por el contrario, concerniente a la partición como traslativa o atributiva de derechos, en tanto los coherederos eran copropietarios de los bienes de la herencia, con la partición se produce un verdadero intercambio de partes indivisas, un contrato plurilateral traslativo de propiedad, por el cual los coherederos se lucian recíprocamente permutas o ventas, con la consecuencia

de que si las partes que se transferían estaban gravadas, las cargas establecidas por el coheredero enajenante se mantenían en las manos del heredero adjudicatario del bien. Cada coheredero es causahabiente directo del causante en la parte que le pertenece originariamente en su lote, y en el resto es causahabiente de los otros coparticipes (BIONDI, Biagio, "Istituzioni di diritto romano", Giuffrè Editore, Milano, 1972, parágr. 17; PLANCKI, M., "Tratté élémentaire de droit civil", LGDJ, Paris, 1927, 10º ed., t. III, nº 2367; DE PAGE-DEKKERS, "Tratté élémentaire de droit civil belge", Bruylant, Bruxelles, 2º ed., 1974, t. IX, nº 1373/1375).  
 (32) Para algunos autores, tampoco puede decirse que sea gratuito, porque, aunque el coheredero adquiere a retención los bienes del *de capis*, por vía hereditaria, lo exacto es que el acto particionario escapa a la distinción entre actos onerosos y gratuitos, pues la ausencia de una compensación a un heredero que recibió de menos, no le priva de su calificación como partición y de su efecto declarativo y retroactivo. La presencia o ausencia de una compensación es ajena al carácter del acto particionario. Por eso se lo caracteriza como un acto neutro. MENSINI, Francesco, "Manual de derecho civil y comercial", trad. Dr. S. Sentís Melendo, LEBE, Bs.As., 1971, t. II, parágr. 55, nº 6-II, y t. VII, parágr. 204, nº 1161; BAKASS, Lodovico "Le successioni per causa di morte", 2da ed., Dott. A. Giuffrè, Milano, 1944, p. 171; MAPPÍA, Jorge O., "Tratado de las sucesiones", cit., t. I, p. 602. No obstante, cabe aclarar que esta cuestión sobre el perfil del convenio particionario, su función declarativa o traslativa, y su aspecto oneroso o gratuito, está controvertido en la doctrina italiana, un sector sostiene que la partición tiene naturaleza traslativa o constitutiva, en cuanto constituye en cabeza del coparticipado adjudicatario un derecho nuevo, diverso del preexistente. Lo cual es incompatible con la función declarativa, sustituye un derecho individual que importa extinción de un derecho individual que expresa transmisión exclusiva, y ese cambio importa onerosidad (ver referencias sobre la diversas teorías

en BONILINI, Giovanni (dir. et al.), "Trattato di diritto delle successioni e donazioni", Giuffrè Editore, Milano, 2009, t. IV, pp. 150 y ss.; y 229 y ss.). Coincide con este criterio Borda, para quien el acto particionario es un acto de disposición a título oneroso, porque se reconoce a los coherederos la plena propiedad sobre bienes que hasta ese momento pertenecían a todos (BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Sucesiones", cit., t. I, nº 587; al, nota 1103, último párr.).  
 (33) PÉREZ LASALA, José L., "Tratado de sucesiones", cit., t. I, p. 697; FORNTELES, Salvador, "Tratado de las sucesiones", cit., t. I, nº 264; BORDA, Guillermo A., "Sucesiones", cit., t. I, nº 586; ZANNONI, Eduardo A., "Derecho de las sucesiones", cit., t. I, parágr. 680; PEJUNO, Jorge O., "Derecho de las sucesiones", cit., t. II, nº 117, p. 1074; FERRER-NATALES, en PEYRANO, Jorge W., "Explicaciones del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Santa Fe", Rubinzal Culzoni Ed., Bs. As., Sta. Fe, 2016, t. I, nº 410; CORDOBA, Rubinzal Culzoni Ed., Bs. As., Sta. Fe, 2011, t. I, 508.  
 (34) CORDOBA, Marcos M., "Sucesiones", Eudeba Rubinzal Culzoni Ed., Bs. As., 2016, p. 282.  
 (35) Cusi, PÉREZ LASALA, J.L., "Tratado de sucesiones", cit., t. I, p. 697; AZPIRI, Jorge O., "Incidentes del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio", cit., pp. 169/170; FORNTELES, Salvador, "Tratado de las sucesiones", 4ª ed., TEA, Bs. As., 1958, t. I, nº 261; BORDA, Guillermo A., "Sucesiones", cit., t. I, nº 586; ZANNONI, Eduardo A., "Derecho de las sucesiones", cit., t. I, parágr. 680; PANSI, S.C. - MAURINO, A., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", cit., t. 4, p. 282; CORDOBA - IRYVY - FOIARI - WAGMAISTER, "Derecho sucesorio", Ed. Universidad, Bs. As., 1992, t. II, p. 310; ARAÑ, Beatriz, en BUREFFS, A.J. - HIGHTON, E.L., "Código Civil. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Hammurabi,

cit., t. 5-A, p. 463; etc. Comp. CORDOBA, M., "Sucesiones", cit., p. 232/233.  
 (36) ROYO MARTINEZ, Miguel, "Derecho sucesorio", cit., p. 236/237.  
 (37) CNCv., Sala M, 9/10/07, LA LEY, 2008-D, 117, con nota aprobatoria en este aspecto de FERRER, Francisco A.M., "La colación y la partición hereditaria", y complementario al art. 2369 en AZPIRI, Jorge O. (dir. et al. General), "Código Civil y Comercial Comentado", cit., t. XI, ps. 400; AZPIRI, Jorge O., "Incidentes del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio", cit., p. 166.  
 (38) VAZ FERREIRA, Eduardo, "Tratado de las sucesiones", cit., t. VI-1º, nº 710, p. 215; TORRENTE, Andrea - SCHLESINGER, Piero, "Manual de derecho privado", Giuffrè Editore, Milano, 2011, 2ª ed., p. 1330/1331; PONTANARROSA, Rodolfo A., "Contratos plurilaterales", Juris 23-369.  
 (39) Tal era la interpretación con respecto a la norma del Código Civil, SMOVILLA, Lisandro, "El Cód. Civil de la Rep. Argentina", Bs. As., 1951, t. II, nota 37 al art. 3464 de su numeración, DE GASPARI, Luis, "Tratado del derecho hereditario", T.F.A. Bs.As., 1968, t. II, nº 237; MAPPÍA, Jorge O., "Tratado de las sucesiones", Abelardo Ferrol, Bs. As., 2ª ed., actualizada por I. Hernández y Luis A. Ugarte, t. I, nº 872; ROLANDO, Carlos H., en LLAMBIAN - MENDEZ COSTA, "Cód. Civil Anotado", Abelardo Ferrol, Bs. As., 1992, t. V-B, p. 80; FERRER, Jorge O., "Derecho de las sucesiones", cit., t. II, nº 1170-a). Y también con respecto al nuevo Código, PÉREZ LASALA, José L., "Tratado de sucesiones", cit., t. I, nº 504; AZPIRI, Jorge O., "Incidentes del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio", Hammurabi, Bs. As., 2015, p. 165; LLOVERAS - ORLANDI - FARAONI, "Derecho de sucesiones", cit., t. I, p. 446; FERRER - CARAMELLO - PICASSO, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Infocus, Bs. As., 2015, t. VI-A, p. 133.  
 (40) PÉREZ LASALA, J.L., "Tratado de sucesiones", cit., t. I, p. 505, p. 638; LLOVERAS - ORLANDI - FA



## La partición mixta de la herencia

VIENE DE TAPA

ben presentar al juez para su homologación; y lo deben decidir por unanimidad.

Por otra parte, el antiguo Código también contemplaba otro supuesto de partición mixta, el previsto en el art. 3515, que se mantuvo inalterado hasta la entrada en vigencia del nuevo Código: "Los ascendientes que nombren tutores a sus descendientes menores pueden autorizarlos para que hagan los inventarios, tasaciones y particiones de sus bienes extrajudicialmente, presentándolos después a los jueces para su aprobación". (9)

### II. La cuestión en el Código Civil y Comercial; procedencia de la partición mixta

La disposición del art. 3515 no ha sido reiterada en el Código Civil y Comercial, en cuyo régimen los inventarios, tasaciones y particiones en sucesiones en que concurren menores siempre deben ser judiciales (arts. 115, 689, 2369 y 2371, inc. a), CCyC). En realidad, este artículo, que provenía de la antigua legislación española (Novísima Recopilación, Ley 10, Título XXI, Libro 10), no se aplicaba en la práctica. (10)

Y tampoco en el nuevo ordenamiento se incluyó la norma del art. 1184 inc. 2º, Cód. Civil. En el libro de sucesiones, no encontramos norma alguna que refiera a la forma de la partición privada (art. 2369, CCyC). Por lo tanto, cabe aplicar la disposición que regula la forma de los contratos y exigir la escritura pública, cuando la partición tiene por objeto

derechos reales sobre inmuebles (art. 1017, inc. a). Aunque es recomendable recurrir a la escritura pública siempre que la partición comprenda bienes registrables, sean muebles o inmuebles, por razones de seguridad jurídica. Creemos que lo conveniente hubiera sido mantener la exigencia de escritura pública para la partición privada, como lo hacía el derogado art. 1184 inc. 2º. (11) En una palabra, la supresión de esta disposición no la consideramos acertada.

Con respecto a la partición mixta, entendemos que la ausencia de la citada norma que la había previsto expresamente, no impide que se la siga practicando, pues la redacción del texto del art. 2369 es suficientemente amplia: "Si todos los herederos están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente". No exige la formalidad de la escritura pública, y los herederos de común acuerdo pueden libremente elegir la forma y el acto por el cual concretarán la división de los bienes. Quiere decir, entonces, que perfectamente pueden realizar la partición en un documento privado y presentarlo al juez para su aprobación, pues no hay ningún obstáculo legal para ello. (12)

Y aunque este procedimiento particionario se denomine "mixto" porque requiere "aprobación judicial", lo exacto es que tal acto jurisdiccional no modifica el carácter privado y extrajudicial de la partición y su efecto vinculante entre las partes, pues el auto aprobatorio es un requisito de eficacia que no integra el acto jurídico particionario en sí mismo. Es una condición extrínseca que atañe al perfeccionamiento del acto y a la constitución formal del título, pero no a su validez como tal acto particionario. La partición privada sólo producirá sus efectos propios en este supuesto cuando se cumpla el requisito formal

de eficacia, constituido por su homologación judicial. El juez se limita a comprobar el cumplimiento de los requisitos que la ley exige para la partición privada (arts. 2369 y 2371, a contrario, CCyC). (13) La incorporación al expediente sucesorio y la aprobación judicial confieren al convenio particionario el carácter de instrumento público, y título suficiente para producir la inscripción registral de la adjudicación de los bienes a los herederos, según ya lo tenía resuelto la antigua jurisprudencia plenaria citada en el primer párrafo, con apoyo de la doctrina (ver párrafo anterior), jurisprudencia que mantiene su vigencia.

No es necesaria la previa ratificación del convenio particionario, si los herederos son personas civilmente capaces para otorgar actos de disposición de bienes y cuentan con el debido patrocinio letrado. (14)

Cabe destacar que esta partición mixta con el mismo trámite está prevista el art. 2015 del Código Civil del Brasil; y la doctrina la denomina partición "amigable" (15), contraponiéndola a la judicial. En Paraguay la doctrina la admite. (16)

### III. Naturaleza y características de la partición privada o mixta

La cuestión de los requisitos subjetivos de la partición privada o mixta está relacionada con la naturaleza jurídica del acto particionario. Y por eso, previamente, conviene precisar este punto.

Al respecto, debe destacarse que el acto particionario es un acto de la autonomía privada de las partes que puede asimilarse a un acto de disposición (17) de bienes recibidos a título gratuito, pues cada heredero experimenta una modificación sustancial en su patrimonio, su derecho abstracto e indiviso

sobre la universalidad jurídica hereditaria se transforma en bienes concretos que se le adjudican hasta cubrir el valor de su cuota en la herencia, con lo cual al determinarse la composición de su porción hereditaria, puede sufrir consecuencias perjudiciales propias de un acto de disposición, si se le adjudican bienes singulares de un valor patrimonial menor al de su cuota.

Asimismo, el acto particionario privado celebrado por acuerdo unánime de los herederos mediante escritura pública, o por instrumento privado que se presente al proceso sucesorio para obtener la homologación judicial, en ambos casos cabe tipificarlo como un contrato, porque se origina en la voluntad libre y concordante de los herederos. "Convención" es un vocablo que se utiliza para designar los negocios no patrimoniales. (18) La convención jurídica patrimonial es un contrato. (19) La partición es un acto de contenido patrimonial, por lo cual es correcta la calificación de "contrato".

Y este contrato puede ser *plurilateral* (20), cuando concurren más de dos herederos, pues las varias personas que participan en el contrato particionario asumen cada una el carácter de partes, que actúan en la tutela de un particular interés suyo (21), constituyendo cada parte contractual, como explica acertadamente Messineo, un centro de intereses. (22)

Son características de este contrato:

1) *No obstante la pluralidad de partes, todas persiguen un fin común; sus intereses son paralelos y convergentes hacia un propósito común, en este caso la división del patrimonio hereditario. Hay un interés común en la extinción de la indivisión y un interés particular de cada uno de conseguir los bienes que correspondan a su cuota.*

### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.220)

(1) FORTI, Salvador. "Tratado de las sucesiones", TEA, Bs. As., 1988, 4ª ed., t. I, p. 261.

(2) LAFAILLE, Héctor. "Curso de derecho civil. Sucesiones". Bibliotecas Jurídicas Argentinas, Bs. As., 1982, compilado por E. Argüello y P. Frutos, t. I, n.º 447; REBORA, Juan Carlos. "Derecho de las sucesiones", Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1952, 2ª ed., t. I, par. 343; DRAYONDES, Eduardo. "Derecho de sucesión", Ed. Ciencias Económicas, Bs. As., 1957, p. 281.

(3) Cív. Capital, en pleno, *in re* "Hollini c. Schoo Lastra y Bonner" 17/10/1924, JA 18-111, en nota, y en RE, Héctor A., "Jurisprudencia de Jurisprudencia", Bs. As., 1915, t. I, p. 475, y Secretaría de Jurisprudencia de la CN Civ., Fallos Sucesiones 1912-1999, p. 24, sum. 72; CFamilia y Pensiones, Tucumán, 16/4/1958, LALEY, Sup. Provincial 1980-40, y *Repertorio* 1950, p. 2496, sum. 39; REBORA, Juan C., "Derecho de las sucesiones", Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1952, 2ª ed., t. I, par. 343, p. 541.

(4) Cív. P. Capital, 1/3/44, JA 1944-I-545 y LALEY, 33-600. FORTI, Salvador. "Tratado de las sucesiones", cit., t. I, p. 261.

(5) SUEA, 17/4/56. LALEY, 84-301; CNCv., Sala F, 30/9/82, LALEY, 1983-A, 39; LAFAILLE, H., "Sucesiones", cit., t. I, n.º 446; FORTI, Salvador. "Tratado de las sucesiones", cit., n.º 266; FASSI, S. C.-MAURINO, A. L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado", Astrea, Bs. As., 2006, 3ª ed., t. 4, p. 883; AREÁN, Beatriz, en BUENOS AIRES, A. J.-HIGHTON, E. J., "Código Civil. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Hammurabi, Bs. As., 2001, t. 6-A, p. 432, etc.

(6) Cív. y Com., Rosario, Sala 1ª, 1/4/1956, Juris 8-73; Cív. y Com., Santa Fe, Sala 3ª, 22/10/1956, ZEUS 41-483; MAFFIA, Jorge O., "El derecho sucesorio en la república del Código Civil", Astrea, Bs. As., 1972, p. 69.

(7) BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Sucesiones", actualizado por Delfina M. Borda, La Ley, 2008, 9ª ed., t. 1, p. 464, n.º 586 y nota 1102; FASSI, Santiago C.-MAURINO, Alberto L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", cit., t. 4, p. 832; PALAZZO, Lino E., "Derecho procesal civil", Ed. Perrot, Bs. As., 1986, n.º 1553, p. 506.

(8) AREÁN, Beatriz, en BUENOS AIRES, A. J.-HIGHTON, E. J., "Código Civil. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Hammurabi, Bs. As., 2001, t. 6-A, p. 466.

(9) En tanto esta partición debía ser aprobada judicialmente, la doctrina la calificaba de "mixta". MÉNDEZ COSTA, María J., en LLAMBIAS-MÉNDEZ COSTA, "Código Civil Anotado", Abelardo Perrot, Bs. As., 1992, t. V-C, p. 287; GILJANSKI, Jorgelina, en FERRER-MEDINA, "Código Civil Comentado", Sucesiones, Rubinzal Culzoni Eds., Bs. As. - Sta. Fe, 2011, 2ª ed., t. 1, p. 675.

(10) FORTI, Salvador, "Tratado de las sucesiones", cit., t. I, p. 286.

(11) Conf. FERRER, Francisco A. M., en ALTERINI, Jorge H. (Director General), "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", LALEY, Bs. As., 2016, 2ª ed., t. XI, p. 400. Pérez Lasala extiende la exigencia de escritura pública, además de los inmuebles, para el caso de que existan automotores (PÉREZ LASALA, José Luis, "Tratado de sucesiones", Rubinzal Culzoni, Bs. As., Sta. Fe, 2014, t. I, p. 504).

(12) FERRER, Francisco A. M., en ALTERINI, Jorge H. (Director General), "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", cit., t. XI, p. 401.

(13) Conf. ZANNONI, Eduardo A., "Derecho de las sucesiones", Astrea, Bs. As., 2008, 5ª ed., t. I, par. 674; PERRINO, Jorge O., "Derecho de las sucesiones", Abelardo Perrot, Bs. As., 2011, t. II, n.º 1172.

(14) CNCv., Sala F, 22/6/94, LALEY, 1995-D, 811, n.º 28.408-S; AREÁN, Beatriz, en BUENOS AIRES, A. J.-HIGHTON, E. J., "Código Civil. Análisis doctrinario y jurisprudencial", cit., t. 6-A, p. 463.

(15) DA SILVA PEREIRA, Caio M., "Instituições de direito civil", vol. VI, *Direito das sucessões*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, 16ª ed., n.º 489, pp. 414/415; NADER, Paulo, "Curso de direito civil. Direito das sucessões", Editora Forense, Rio de Janeiro, 2010, 6ª ed., p. 518; DE SALVO VENOSA, Sílvio, "Direito civil. Direito de sucessões", Editora Atlas, São Paulo, 2011, 11ª ed., pp. 388/399; BERENICE DIAS, Maria, "Manual das sucessões", Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., São Paulo, 2008, pp. 656/667.

(16) MARTINEZ, Eladio W., "Derecho sucesorio en la legislación paraguaya", LALEY Paraguaya, Asunción, 2001, 3ª ed., p. 242.

(17) BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Sucesiones", LALEY, Bs. As., 9ª ed., t. I, n.º 587 a); PÉREZ LASALA, José L., "Derecho de sucesiones", Delmas, Bs. As., 1978, t. I, n.º 552-A; ROLANDO, Carlos H., en LLAMBIAS-MÉNDEZ COSTA, "Cód. Civil Anotado", cit., t. V-B, n.º 81; MAFFIA, Jorge O., "Tratado de las sucesiones", 2ª ed., actualizada por L. Hernández y Luis A. Ugarte, Abelardo Perrot, Bs. As., 2010, t. I, n.º 573; FASSI, S. C.-MAURINO, A. L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", cit., t. 4, p. 727; FERRER, Francisco A. M., "La colación y la partición hereditaria", LALEY, 2008-D, 117, n.º VI; PERRINO, Jorge O., "Derecho de las sucesiones", cit., t. II, n.º 1170-b), p. 1069; LLAMBIAS-MÉNDEZ COSTA, "Derecho de sucesiones", Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As. - Sta. Fe, 2016, t. I, p. 446/447. Para algunos autores italianos se trata de un acto de administración extraordinaria, ALFA, Guido - GAROFOLI, Roberto (directi da), "Manuale di diritto civile", Nel Diritto Editore, Roma, 2016, p. 512; CAPOZZI, Guido, "Successioni e donazioni", 3ra. Ed., Giuffrè Editore, Milano, 2009, t. I, p. 1818; PALAZZO, Antonio, "Le successioni", Giuffrè, Milano, 1996, t. II, p. 964.

(18) LOPEZ DE ZAVALA, Fernando, "Teoría de los contratos. Parte general", Zavala Editor, Bs. As., 1986, p. 21; LORENZETTI, Ricardo L., "Contratos. Parte General", Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As. - Sta. Fe, p. 177.

(19) SPOTA - LEIVA FERNÁNDEZ, "Contratos. Instituciones de derecho civil", 2ª ed., LALEY, Bs. As., 2009, t. I, pp. 33/34.

(20) Sobre el contrato plurilateral, véase, entre otros, FONTANARROSA, Rodolfo O., "El contrato plurilateral", Juris, t. 18, p. 361 y sgtes; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As. - Sta. Fe, 2008, pp. 60 y ss.

(21) De acuerdo con que la partición privada es un contrato multi o plurilateral, CICI, Antonio, "Derecho de sucesiones", Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bosch, Barcelona, 1964, trad. de la 2ª edición italiana por José M. González Porras, n.º 149; BARBERO, Domingo, "Sistema de derecho civil", Ejea, Bs. As., 1967, trad. de S. Sentís Melendo, t. V, pp. 169/170; ALFA, G. - GAROFOLI, Roberto (directi da), "Manuale di diritto civile", cit., p. 512; PÉREZ LASALA, José L., "Tratado de sucesiones", cit., t. I, n.º 492; VAL

FERRER, Eduardo, "Tratado de las sucesiones", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, t. VI-12, n.º 70; NADER, Paulo, "Curso de direito civil. Direito das sucessões", cit., p. 514/515; GONÇALVES, Carlos Roberto, "Direito civil brasileiro", Editora Saraiva, São Paulo, 2011, 5ª ed., t. 7, *Direito das sucessões*, p. 555; ROYO MARTÍNEZ, Miguel, "Derecho sucesorio", Ed. Edebe, Sevilla, 1951, p. 236; ALBALADEJO, Manuel, "Curso de derecho civil", Bosch, Barcelona, 1997, t. V, *Sucesiones*, p. 187; LACRUZ BERDEJO, José L., SANCHEZ REBULLIDA, Francisco y otros, "Elementos de derecho civil", Dykason, Madrid, 2ª ed., 2004, t. V, *Sucesiones*, n.º 121. Este criterio está conforme con la doctrina según la cual todos los negocios bilaterales o plurilaterales en materia patrimonial, incluso los constituidos para un fin común, se llaman precisamente contratos, SANTORO PASSARELLI, Francisco, "Doctrinas generales del derecho civil", *Rev. de Derecho Privado*, Madrid, 1964, trad. de A. Lina Serrano, p. 255; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", cit., p. 35; SPOTA-LEIVA FERNÁNDEZ, "Contratos. Instituciones de derecho civil", cit., t. I, pp. 27/28; LORENZETTI, Ricardo L., "Contratos. Parte General", cit., p. 175. Numerosos autores se limitan a calificar a la partición privada entre los cobardes como contrato, su análisis a su carácter bilateral o multilateral, entre otros, MESSINEO, Francisco, "Doctrina general del contrato", trad. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Vitorrea, Ejea, Bs. As., 1986, t. I, p. 44; CETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen - SOLE FERRIS, Judith, "Tratado de derecho de sucesiones", Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, t. I, p. 2574; DIEZ PÍCAZO, Luis-GUILÓN, Antonio, "Sistema de derecho civil", ed. Taurus, Madrid, 2008, t. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, p. 508; BLASCO GASCÓ, P., "Instituciones de derecho civil. Sucesiones", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 384; MEDINA, Graciela, "Proceso sucesorio", Rubinzal Culzoni Ed., Bs. As. - Sta. Fe, 2006, t. II, 2ª ed., p. 196.

(22) MESSINEO, Francisco, "Doctrina general del contrato", cit., p. 76. También, FONTANARROSA, Rodolfo O., "El contrato plurilateral", JURIS, t. 18-p. 354; CIPUENTES, Santos, "Negocio jurídico", Astrea, Bs. As., 1986, par. 191, p. 216.