

# RCCyC

## REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

FAMILIAS • OBLIGACIONES • INSOLVENCIA

Dirigida por Héctor Alegria y Graciela Medina

DIRECTORES EJECUTIVOS:

**Pablo D. Heredia**

**Carlos E. Camps**

**María Fabiana Compiani**

COORDINADORES:

**José H. Sahián**

**María Carolina Abdelnabe Vila**

Año VIII | Número 5 | Septiembre - Octubre 2022

EDICIÓN ESPECIAL:

XXVIII Jornadas Nacionales  
de Derecho Civil

ISSN 2469-049X

 INCLUYE  
VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

ISSN: 2469-049X

RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados

© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción

Tucumán 1471 (C1050AAC)

laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas

CASA CENTRAL

Tucumán 1471 (C1050AAC)

Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA

Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)

Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.*

*Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de septiembre de 2022, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

# RCCyC

## REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

FAMILIAS • OBLIGACIONES • INSOLVENCIA

Dirigida por Héctor Alegria y Graciela Medina

DIRECTORES EJECUTIVOS:

**Pablo D. Heredia**

**Carlos E. Camps**

**María Fabiana Compiani**

COORDINADORES:

**José H. Sahián**

**María Carolina Abdelnabe Vila**

Año VIII | Número 5 | Septiembre - Octubre 2022

EDICIÓN ESPECIAL:  
XXVIII Jornadas Nacionales  
de Derecho Civil

COMITÉ HONORARIO:

**Bueres**

**Echeverry**

**Manóvil**

**Richard**

**Rivera**

**Tobías**

**Uzal**

COMITÉ ACADÉMICO:

**Chomer**

**Compagnucci de Caso**

**Córdoba**

**Hernández**

**López Herrera**

**Márquez**

**Molina Sandoval**

**Müller**

**Paolantonio**

**† Parellada**

**Picasso**

**Pizarro**

**Saux**

**Sicoli**

**Solari**

**Stiglitz**

**Vázquez Ferreyra**

**Vergara**

 **INCLUYE  
VERSIÓN DIGITAL**

THOMSON REUTERS

**LA LEY**



## **DIRECCIÓN ACADÉMICA**

Mónica Pinto

## **COMITÉ HONORARIO**

Agustín Gordillo  
Aída Kemelmajer  
Alberto J. Bueres  
Carlos Etala

Cecilia Grosman  
Eugenio Bulygin  
Eugenio R. Zaffaroni  
Héctor Alegria

José Tobías  
Julio C. Rivera  
Nelly Minyersky  
Noemí Lidia Nicolau

## **COMITÉ ACADÉMICO**

### **Administrativo**

Carlos F. Balbín  
Fernando R. García  
Pullés  
Ernesto A. Marcer  
Guido Santiago Tawil

### **Constitucional**

Alberto B. Bianchi  
Roberto Gargarella  
María Angélica Gelli  
Juan V. Sola

### **Internacional Privado**

María Susana Najurieta  
Alfredo Mario Soto  
María Elsa Uzal

### **Internacional Público**

Susana Ruiz Cerutti  
Silvina González Napolitano  
Raúl Vinuesa

### **Familia**

Carlos Arianna  
Luis Ugarte  
Adriana Wagmaister

### **Civil**

Carlos Hernández  
Sebastián Picasso  
Sandra Wierzba  
Diego Zentner

### **Penal**

Mary Beloff  
Alberto Edgardo Donna  
Daniel Pastor

### **Laboral**

Mario Ackerman  
Adrián Goldin

### **Comercial**

Rafael Mariano Manóvil  
Horacio Roitman

### **Filosofía**

Ricardo Guibourg  
Rodolfo Vigo

### **Derechos Humanos**

Laura Giosa  
Roberto Saba

### **Ambiental**

Néstor Cafferatta  
Leila Devia  
Silvia Nonna

## **COMITÉ EDITORIAL**

### **Penal**

Fernando Córdoba  
Fernando Díaz Cantón  
Ivana Bloch  
Marcelo Ferrante  
Marcos Salt  
Marcelo Sgro

### **Criminología**

Gabriel Ignacio Anitua  
Matías Bailone  
Máximo Sozzo

### **Familia**

Silvia Eugenia Fernández  
Eleonora Lamm  
Ida Scherman

### **Civil**

Carlos Calvo Costa  
Luis Daniel Covi  
María Victoria Famá  
Adriana Krasnow  
Luis F. P. Leiva Fernández  
Máximo Gonzalo Sozzo

### **Laboral**

Lucas Caparrós  
Juan Pablo Mugnolo  
Claudia Priore

### **Constitucional**

María Gabriela Ábalos  
Marcela Basterra  
María Laura Clérico  
César Sebastián Vega

## COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

### **Internacional Público**

Emiliano Buis  
Alejandro Chehtman  
Natalia Luterstein  
Nahuel Maisley

### **Internacional Privado**

Paula María All  
Nieve Rubaja  
Luciana Scotti

### **Administrativo**

Alfonso Buteler  
María Paula Renella  
Susana Vega

### **Comercial**

Hugo Acciarri  
Pablo Heredia  
Lorena Schneider  
Pamela Tolosa

### **Filosofía**

Marcelo Alegre  
Claudio Eduardo  
Martyniuk  
Renato Rabbi-Baldi  
Cabanillas

### **Derechos Humanos**

Leonardo Filippini  
Calógero Pizzolo  
Silvina Zimerman

### **Ambiental**

Mariana Catalano  
José Esaín

---

### **Director Editorial**

Fulvio G. Santarelli

### **Jefa de Redacción**

Yamila Cagliero

### **Editores**

Nicolás R. Acerbi Valderrama  
Florencia Candia  
Jonathan A. Linovich  
Elia Reátegui Hehn  
Marlene Slattery

## XXVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

### COMISIÓN N° 1. PARTE GENERAL

#### DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

Derechos personalísimos y <i>entornos digitales</i> . Apuntes sobre las dificultades de esa tensa relación <i>Noemí L. Nicolau</i> .....	5
El fallo “Denegri”: algunas reflexiones acerca del denominado “derecho al olvido” <i>Pía Politi - Arnaldo Cisilino</i> .....	18

### COMISIÓN N° 2. OBLIGACIONES

#### CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

#### POR FRUSTRACIÓN DEL FIN E IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO

Imposibilidad de cumplimiento de la obligación <i>Ignacio E. Alterini</i> .....	27
Renegociación del acuerdo concursal homologado <i>Santiago Cappagli</i> .....	39

### COMISIÓN N° 3. DERECHO DE DAÑOS

#### RESPONSABILIDAD DERIVADA EN LA PANDEMIA. FUNCIÓN PREVENTIVA DE DAÑOS

El deber de prevención en la propagación de enfermedades <i>Walter F. Krieger</i> .....	53
Función preventiva: nuevas tecnologías y medicina actual <i>Enrique C. Müller</i> .....	58

COMISIÓN N° 4. CONTRATOS  
REVISIÓN Y ADECUACIÓN CONTRACTUAL

La revisión y adecuación contractual como remedios ante el cambio de circunstancias excepcionales <i>Carolina Cassullo - Giselle Gomez Jolis</i> .....	71
La revisión y la adecuación como remedios frente a las crisis o desajustes contractuales <i>Lidia M. R. Garrido Cordobera</i> .....	81

COMISIÓN N° 5. DERECHO DE LOS CONSUMIDORES  
PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR. PROYECCIÓN EN LAS RELACIONES  
DE CONSUMO EN ENTORNOS DIGITALES

El "inversor consumidor": ¿un oxímoron? <i>María Clara Rodríguez Llanos</i> .....	95
Los principios del derecho de los consumidores. Consideraciones generales y breve aproximación a la problemática de los usuarios en entornos digitales <i>José H. Sahián</i> .....	105

COMISIÓN N° 6. DERECHOS REALES  
ANTICRESIS

Derecho real de anticresis: cuestiones controvertidas y reformas necesarias para su efectividad <i>Nelson G. A. Cossari - Leandro R. N. Cossari</i> .....	123
El reverdecer de la anticresis <i>Juan José Guardiola</i> .....	133

COMISIÓN N° 7. FAMILIA  
LA SOCIOAFECTIVIDAD Y LA INCIDENCIA  
EN EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

¿Qué discutirá la Comisión de Familia en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil? Notas acerca de "la socioafectividad y la incidencia en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes" <i>Lucas Bellotti</i> .....	147
El concepto "padre" en el universo jurídico. Reordenamiento filiatorio y la socioafectividad <i>Alicia García de Solavagione</i> .....	153

COMISIÓN N° 8. SUCESIONES  
MECANISMOS DE PLANIFICACIÓN SUCESORIA.  
PACTOS SOBRE HERENCIA FUTURA. EMPRESA FAMILIAR

Partición por los ascendientes <i>Julio César Capparelli</i> .....	177
---	-----

Los pactos autorizados sobre la herencia futura y la colación	
<i>Luis A. Ugarte</i> .....	194

COMISIÓN N° 9. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
ENFOQUES ACTUALES EN FRAUDE A LA LEY

El fraude a la ley en el derecho internacional privado: reflexiones actuales sobre una institución clásica	
<i>Jonathan M. Brodsky</i> .....	203
Fraude a la ley	
<i>Edgardo López Herrera</i> .....	213

COMISIÓN N° 10. TRANSDISCIPLINA  
INTELIGENCIA ARTIFICIAL, MERCADO Y ÉTICA

Reflexiones sobre los derechos del consumidor y el uso de IA en plataformas virtuales: convivencia y contradicciones	
<i>Cecilia C. Danesi - Macarena Baricco Prats</i> .....	227

COMISIÓN N° 11. ENSEÑANZA DEL DERECHO  
ENSEÑANZA Y EVALUACIÓN DEL DERECHO EN ENTORNOS VIRTUALES

Transversalizar la enseñanza transfeminista del derecho	
<i>Soledad Deza</i> .....	237
Reflexiones y aportes a la enseñanza del derecho en entornos virtuales	
<i>María Cecilia Lanús Ocampo</i> .....	248

COMISIÓN N° 12. DERECHO ROMANO  
EL DERECHO DE LEGÍTIMA: DE ROMA A LA ACTUALIDAD

La legítima hereditaria: su evolución hasta la Argentina de hoy	
<i>Juan Carlos Ghirardi</i> .....	259
La legítima: una expresión de las concepciones más íntimas de la sociedad	
<i>Julio Javier Lo Coco</i> .....	270



# XXVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

---



# COMISIÓN N° 1. PARTE GENERAL

DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS



# Derechos personalísimos y entornos digitales

Apuntes sobre las dificultades de esa tensa  
relación

Noemí L. Nicolau (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. La persona y los derechos personalísimos.— III. Los *entornos digitales*.— IV. Los *entornos digitales* en relación con las personas.— V. Los *entornos digitales* frente al derecho a la intimidad.— VI. Los *entornos digitales* frente al derecho a la imagen.— VII. La prevención.— VIII. Conclusiones.

## I. Introducción

En medio de una sociedad compleja y violenta, a la que se alude como pesada o líquida, el mundo jurídico es necesariamente complejo, de modo que resulta dificultosa la realización de la justicia, que es la búsqueda de su verdadero valor, pues no se conjugan con facilidad los mundos personales, las sombrías relaciones sociales, los desafíos globales y los desarrollos científicos y tecnológicos. Las clásicas herramientas jurídicas suelen no dar respuestas acabadadas y demandan nuevas adaptaciones.

En ese contexto, el derecho civil evidencia una central preocupación por investigar cuál es el medio que logre la mayor protección a los derechos individuales a fin de preservar ese espacio de libertad al que las personas deben acceder para alcanzar su personalización (1).

Son esfuerzos encaminados a la protección de la persona frente a algunos de los numerosos obstáculos que hoy se presentan, pero es

claro que se enfrentan otros numerosos problemas a cargo de otras disciplinas y de otras ramas jurídicas que deben también trabajar de modo eficiente y fructífero para reducir la violencia contra los seres humanos y recuperar, en alguna medida posible, el respeto por su vida.

En una sociedad que reclama superar la violencia profunda, en un ámbito en el que hay manifestaciones cotidianas de desprecio por el ser humano, en las que se hiere o se mata con total naturalidad, quizá no es una gran epopeya la lucha por la protección del derecho a la salud, la identidad, la intimidad, la imagen, el honor; puede parecer ingenuo o notoriamente fuera de la vida real. No obstante, creemos que la ciencia y el sistema jurídicos se despliegan en muy diversos espacios, cada uno de los cuales coadyuva con los demás para alcanzar los valores que les son propios. Cada espacio tiene sus tareas específicas y el derecho civil tiene la suya; la más importante, la protección de la persona en las relaciones con las otras personas.

No se trata de un objetivo menor o marginal, ya que significa empeñarse por alcanzar el respeto a la dignidad de cada persona humana, ese modo de ser del hombre, su "hominidad", al decir de Tobías. Es un esfuerzo por contrarrestar la sutil violencia que despliega el avance de los

---

(\*) Profesora honoraria de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 439.

afanes científicos y tecnológicos cuando traspasa sus fronteras, en ocasiones, guiados por la utilidad que, enancada en ellos, vulnera los derechos personalísimos de quienes van a tientas por un mundo vertiginoso.

En ese universo vertiginoso y careciente, los denominados *entornos digitales* constituyen una de las manifestaciones tecnológicas más invasivas en la cotidianeidad de la vida humana, cualquiera sea la condición social de la persona. De manera que el estudio, el análisis, la prospectiva y el impacto de esa especial tecnología preocupan a las ciencias sociales y se abordan, por lo general, en relación con la educación, la política, la psicología social y la economía. Por supuesto, también la doctrina jurídica viene ocupándose con intensidad de la cuestión y la civilística argentina ha propuesto trabajar en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil a celebrarse en Mendoza en septiembre del corriente año.

En el sector de las *nuevas tecnologías*, nosotros enfocaremos, desde la perspectiva de los derechos personalísimos, un sector que nos parece significativo: los *entornos digitales*, a fin de analizar, de manera somera, su relación con la persona y reflexionar respecto de la necesidad de prevención frente a los actos que puedan lesionar esos derechos.

Partimos de un principio básico: en una sociedad vertiginosa y con una tecnología de avances veloces e impredecibles, no es posible afirmar enfáticamente que sean justas y equitativas para siempre las soluciones que ahora se propongan respecto de los casos en que los *entornos digitales* impactan en los derechos personalísimos.

Es que puede suceder aquello que algunos auguran, en cuanto a que el ser humano acabará abdicando de la defensa irrestricta de los derechos personalísimos, pues acabará diluyendo lo privado en lo público. De modo que debemos esforzarnos por llegar a las más atinadas conclusiones para la actualidad, sabiendo que serán temporales, que son lo más justo para este momento en que se valora la persona humana, como corresponde, en cuanto tal, y se protegen sus derechos innatos, inherentes e inalienables. La provisoriedad de nuestras actuales soluciones está expresada en una reciente sentencia de

la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Es así que el presente pronunciamiento no implica desconocer que el creciente uso de herramientas de tecnología informática y, en particular, de sistemas que podrían incluirse dentro de la categoría ‘inteligencia artificial’ (IA), suscita numerosos interrogantes respecto de su campo de aplicación a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos, así como respecto de su incidencia en la ordenación del debate público” (2).

## II. La persona y los derechos personalísimos

Como es sabido, el derecho civil argentino pertenece a la familia del derecho occidental continental, de profundas raíces humanistas, de modo que la persona humana es el centro del sistema, aun cuando en la actualidad exista también una genuina preocupación por las demás especies animales, por el reino vegetal y por el ambiente en general.

Subrayar la vulnerabilidad de la persona parece una obviedad, ya que en la historia de la humanidad ese ha sido su carácter preponderante. El ser humano, desde sus orígenes, ha mostrado a la vez su potencialidad para la evolución y su debilidad para defenderse de los ataques exteriores. Las causas de la actual vulnerabilidad son diversas, pero igualmente exigentes como las del pasado, porque los ataques son más sofisticados y de consecuencias imponderables todavía.

La doctrina civilista se ocupa del problema y se dedica con especial énfasis a la categoría de los derechos personalísimos que, si bien subyacía apenas esbozada en la taxonomía jurídica, aparece con fuerza en el siglo XX frente al desarrollo de la ciencia y tecnología y cobra mayor protagonismo aun, en el siglo XXI, en el que la ultratecnología adquiere mayor difusión y profundidad.

A pesar de los esfuerzos encaminados a la protección de los derechos personalísimos,

---

(2) CS, 28/06/2022, "Denegri, Natalia R. c. Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas", CIV 50016/2016/CS1 - CIV 50016/2016/1/RH1, Cita online: TR LALEY AR/JUR/82807/2022.

debe tenerse presente que, con inusitada frecuencia, puede comprobarse que son las mismas personas que se trata de proteger quienes no advierten la necesidad de defender sus derechos personalísimos, con el mismo ahínco que ponen en la defensa de sus derechos patrimoniales. Deberíamos volver la mirada a aquel manifiesto conmovedor de Ihering cuando llamaba a “la lucha por el derecho” (3), que en la actualidad debería enfocarse en la batalla por los derechos personalísimos, porque existe una verdadera *militancia* por los derechos de los animales, del ambiente o por aspectos parciales de los derechos personalísimos (derecho a la identidad sexual, al aborto) pero no se advierte similar interés por el derecho a la vida, la salud, la identidad, a la intimidad o la imagen de las personas.

Esos derechos individuales innatos e intrínsecos a la calidad de persona han sido clasificados por la doctrina a partir de distintos criterios (4). Para este trabajo adoptamos la categorización, quizá más simple, pero también acertada, que distingue entre derechos personalísimos del sector físico (la vida, el cuerpo humano, sus partes renovables), del sector espiritual (la identidad, la intimidad, la imagen, el honor) y la libertad (5).

Los principios cardinales que rigen en esta materia son el respeto a la dignidad de la persona, consagrado en nuestro ordenamiento constitucional y convencional y en el art. 51 del Cód. Civ. y Com.: “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad” (6) y el principio de autonomía de la persona recepta-

do en el art. 55 del mismo código: “El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”.

En torno a la libertad individual se estructura en la actualidad el microsistema de los derechos personalísimos. Toda persona tiene amplia autonomía para consentir y realizar actos jurídicos que tengan por objeto esos derechos individuales. Sin embargo, esa autonomía encuentra límites que se entienden razonables a fin de proteger a la propia persona (dado que puede consentir en determinadas circunstancias actos que la lesionen en su vida, intimidad, imagen), y, también, para proteger a la sociedad, evitando actos que atenten contra la especie o la comunidad (art. 57, Cód. Civ. y Com.). Estos límites están consagrados en el art. 55 del Cód. Civ. y Com., cuando establece que la persona tiene la disponibilidad de sus derechos personalísimos en la medida que no sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres.

La protección de la persona en relación con su dignidad presenta enormes complejidades, porque la prevención del daño plantea serias dificultades jurídicas en la práctica, dado que suele colisionar con otras garantías constitucionales y debe entonces recurrirse a la ponderación para alcanzar un delicado equilibrio entre derechos. También se plantean dificultades en la cuantificación de esos daños al momento de la indemnización (7).

Las cuestiones en debate respecto de la relación entre los derechos personalísimos y las *nuevas tecnologías* son muy variadas. En cuanto a los derechos del sector físico las cuestiones esenciales son la autonomía del paciente, el consentimiento, sus límites, el deber de información, la historia clínica informatizada, la teleconsulta. En cuanto a los derechos del sector espiritual la tensión se plantea entre la libertad

(3) IHERING, Rudolf von, "Estudios jurídicos. La lucha por el Derecho. Del interés en los contratos. La posesión", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1974, trad. González Posada, ps. 9 y ss.

(4) TOBIÁS, José W., "Tratado de derecho civil. Parte general", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, p. 24.

(5) CIFUENTES, Santos, "Derechos personalísimos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, 2ª ed., p. 229.

(6) Acerca de la dignidad de la persona humana, se ha dicho: "La *dignitas*, de ese modo, es el fundamento último de los derechos fundamentales: es el modo de ser del hombre —su 'hominidad'— lo que constituye el título, fundamento y justificación de esos derechos" (TOBIÁS, José W., "Persona y mercado", *Sup. Academia Nac. Der. y*

*Cs. Soc. Buenos Aires*, del 28/02/2012, 1; LA LEY, 2012-B, 632 y DFyP 2012 [abril], 185).

(7) GHERSI, Carlos A., "Análisis socioeconómico de los derechos personalísimos", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2005.

de información y de expresión frente a los derechos a la intimidad, imagen, identidad, honor.

En este trabajo hemos de referir a la protección de los derechos personalísimos solo frente a los *entornos digitales*, un gran sector de la tecnología. En esa relación los derechos personalísimos se ven con frecuencia lesionados, pero los más problematizados son el derecho a la intimidad y a la imagen, que serán los únicos que abordaremos en esta oportunidad.

### III. Los entornos digitales

Son calificados con frecuencia como una de las *nuevas tecnologías*. De manera general, puede decirse que son las plataformas y las aplicaciones que permiten a las personas interactuar mediante el empleo de medios virtuales. Con alguna mayor precisión, se denomina entorno digital el espacio en el que las personas se comunican mediante un “habla” procesada por el *software* (8).

Por lo general, el entorno digital refiere al ámbito de internet, aunque existen otras redes y configuraciones, como las redes de área local a través de las cuales es posible interactuar. Es notoria la prevalencia de las denominadas redes sociales, como Facebook, Twitter, Instagram, YouTube, WhatsApp o Telegram, pero también han de considerarse los servicios de videoconferencia en la nube, las plataformas de comercio electrónico, las aplicaciones para acceder

---

(8) Siguiendo a MANOVICH, Lev, "Notes on Instagrammism and mechanisms of contemporary cultural identity (and also photography, design, Kinfolk, crop, hashtags, mise-en-scène, and состояние)", <http://manovich.net/index.php/projects/notes-on-instagrammism-and-mechanisms-of-contemporary-cultural-identity> (consultado el 11/7/2022), podríamos decir que "[l]os algoritmos de las plataformas de redes sociales seleccionan de manera similar entre todas las ‘señales’ disponibles, por ejemplo, publicaciones realizadas recientemente por todas las personas que sigues. Es probable que el número de estas publicaciones sea muy grande, a menos que solo sigas a unas pocas personas. Muchos algoritmos diferentes que trabajan juntos deciden qué publicaciones mostrar y en qué orden para cada usuario. Se presentan como una sola columna, con las publicaciones más recientes en la parte superior y las publicaciones anteriores a continuación. El término estándar utilizado para este método de organización y presentación de flujos de datos de información es un *feed*".

a funciones diversas, como ser las aplicaciones obligatorias acerca de la salud en tiempo de pandemia; las registraciones que piden datos personales. Existen las más diversas redes informáticas y operaciones, así como delitos, etc. (9). Las cámaras de reconocimiento facial, las cámaras de seguridad, los drones o la inteligencia artificial, que son expresiones de altísima tecnología son coadyuvantes con los denominados *entornos digitales*, aunque no se los puede calificar como tales (10).

Es enorme la trascendencia de los *entornos digitales* porque son factores esenciales en la creación de una “cultura digital” global, dado que millones de personas comparten sus fotos, videos, enlaces, publicaciones de escritura, comentarios, calificaciones, etc. Los investigadores que utilizan métodos computacionales trabajan en la actualidad en muchos campos, incluyendo la informática, la sociología computacional, la historia del arte digital, las humanidades digitales, el patrimonio digital y el análisis cultural, que refiere en especial a un programa de investigación centrado en explorar grandes colecciones visuales (11).

El impacto en la cultura actual y en los derechos personalísimos puede ejemplificarse con la información que brinda un reconocido especialista cuando refiere al *instagrammismo*. Explica que Instagram se inició en 2010 y se diferenció de los servicios existentes en ese momento para compartir fotos, porque venía con filtros y otras herramientas simples para la edición de imágenes disponibles en aplicaciones móviles, lo cual democratizó la creación de imágenes atractivas. De modo que, progresivamente, fue adoptado por millones de personas jóvenes y sofisticadas de todo el mundo para mostrar sus fotografías, narrar sus ideas y experiencias y conectarse en-

---

(9) TOBIÁS, José W., "Los derechos personalísimos, los avances científicos y las nuevas tecnologías", ebook-TR 2021 del 21/01/2021, 1, AR/DOC/3474/2020.

(10) La inteligencia artificial es el programa de computación que trata de imitar el modo de razonar de la inteligencia humana, es un *software* muy desarrollado, cuya difusión seguramente tendrá una incidencia notoria en los derechos personalísimos.

(11) MANOVICH, Lev, "Data. Representing Phenomena as Data", <http://manovich.net/index.php/projects/cultural-data>, consultado el 11/07/2020.

tre sí (12). Las fotografías que las propias personas suben narran sus vidas y las llevan a lo público... El mismo autor explica en otro trabajo un proyecto que ha desarrollado en el que todas las fotos de redes sociales geolocalizadas, compartidas en un área grande de una ciudad, durante varios días, se mapearon en imágenes bidimensionales de muy alta resolución y permitieron revelar patrones de comportamiento comunes (13).

Para comprender la envergadura técnica de los denominados *entornos digitales* hay que comprender que son creados y sostenidos por la *big data*, un complejo sistema de interconexión de componentes, circuitos, plataformas y retroalimentación, que incluye un territorio de análisis predictivo y de la inteligencia de negocios, denominado “minería de datos” (*data mining*). A su vez el sistema se apoya en los algoritmos, que son un conjunto específico de instrucciones, reglas definidas ordenadas y finitas, para llevar adelante un procedimiento o resolver un problema que, por lo general, requiere que tal procedimiento termine en un determinado punto (14).

Entusiasma encontrarse en medio de esta verdadera revolución digital que exhibe toda la potencia del desarrollo humano. No obstante, están aquellos que afirman que la revolución ya acabó y que estaríamos en la era posdigital. Parecería que urge decidir si resulta más beneficioso propiciar el desarrollo de los *entornos digitales* o mirar con recelo esos avances tecnológicos. En la literatura especializada puede verse, por un lado, una fuerte tendencia a propiciar su empleo y, por otro, un grupo importante que puede denominarse el grupo de los críticos.

Por ejemplo, la UNESCO reconoce algunos riesgos, pero potencia la importancia de los *en-*

(12) MANOVICH, Lev, "Notes on Instagrammism...", ob. cit.

(13) MANOVICH, Lev, "Interfaces for a Global Village: Nam June Paik, Marshall McLuhan, and the Future", <http://manovich.net/index.php/projects/interfaces-for-a-global-village-nam-jun-paik-marshall-mcluhan-and-the-future>, consultado el 11/07/2020.

(14) MILANESI, Valeria, "Algoritmos y discriminación en el marco de la Ley de Protección de Datos Personales", SJA del 06/06/2018, 34, AR/DOC/3034/2018.

*tornos digitales*: “La expansión acelerada de las redes sociales y los contenidos generados por los usuarios (CGU), la explosión de datos, la complejidad de los modelos de distribución y la proliferación de dispositivos multimedia conectados manejados por los usuarios han tenido un gran impacto en los sectores creativos, en todas partes del mundo. Los cambios tecnológicos también han dado lugar a la aparición de nuevos actores y nuevas lógicas, y continuarán generando nuevos retos y oportunidades para la promoción de la diversidad de las expresiones culturales y, en particular, para la elaboración de políticas públicas pertinentes” (15).

Nuestra CS ha dicho en un fallo reciente, ya citado (16), afirmándose en fallos señeros del mismo tribunal, que “el derecho de expresarse a través de internet fomenta la libertad de expresión tanto en su dimensión individual como colectiva. Así, a través de internet se puede concretar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar —o a no hacerlo— sus ideas, opiniones, creencias, etc. Desde el aspecto colectivo, dicha red constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública”.

Sin embargo, deja sentado un criterio a futuro: “En base a la forma en que Google manifestó que aparecen los resultados, se podría generar un cierto perfil de las personas que podría condicionar la composición de lugar que el internauta se hará de la identidad de la persona auscultada. De ahí la necesidad de asumir hacia el futuro la problemática de ciertos aspectos del funcionamiento de los algoritmos de los que se sirven los motores de búsqueda, para que resulten más entendibles y transparentes para los usuarios, hoy sujetos a la decisión de aquellos”.

Por su parte, los críticos estiman que los algoritmos son la acechanza más grave que hoy

(15) Orientaciones prácticas para la aplicación de la Convención de 2005 sobre Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales en el entorno digital. Conferencia de las partes en su 6ª reunión (2017) [https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital\\_guidelines\\_es\\_full-2.pdf](https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital_guidelines_es_full-2.pdf), consultado en julio 2022.

(16) Caso “Denegri”.

enfrenta la humanidad. Una buena síntesis de este pensamiento puede ser el trabajo que, con alguna aproximación al pensamiento de Michel Foucault, sugiere que la historia de internet ha supuesto la emergencia de tres alertas: comunicación, información y mercantilización. Se afirma que el monopolio algorítmico puede acabar con la libertad de los hombres. Desde un punto de vista macro: los gigantes de las redes se asemejan a grandes jefes de estado. Desde un punto de vista micro, porque es posible la captación de la voluntad en el entorno digital. La finalidad sería captar la totalidad de la atención del sujeto, cuya voluntad queda sometida a causa de la participación en las relaciones de poder del mundo digital (17).

En síntesis, debemos asumir que vivimos en medio de *entornos digitales* y debemos dar solución a los problemas jurídicos que ocasiona su apogeo. Debemos tratar de lograr un equilibrio entre el respeto a la dignidad de la persona y el aprovechamiento de los beneficios que la era de los algoritmos nos trae.

#### **IV. Los entornos digitales en relación con las personas**

El acceso a los recursos digitales se considera un derecho humano que debe garantizarse a todas las personas, es necesario el acceso a la tecnología como medio para el trabajo, la vida familiar y social y el esparcimiento. Sin embargo, como ya dijimos, los *entornos digitales*, si bien proporcionan amplios beneficios, también presentan riesgos que deben considerarse.

Constituyen un importante medio para la comunicación, impensable hace solo unas décadas atrás. Ese beneficio pudo comprobarse y valorarse durante la pandemia de COVID-19, porque permitieron que la humanidad pudiera de alguna manera, aunque precaria, desarrollar algo de su vida. El acceso a internet de las redes es beneficioso durante la infancia y adolescencia como instrumento para la formación cultural de la persona y, en la vejez, porque pro-

porciona algo de la sociabilidad que pierden quienes no pueden realizar actividades sociales a causa de los impedimentos propios de la edad avanzada.

Además, los *entornos digitales* permiten resolver graves dificultades que encuentran las organizaciones humanitarias en la ayuda a las personas más vulnerables. Por ejemplo, son un medio que permite a los médicos sin fronteras cuando se encuentran en lugares apartados comunicarse de modo sencillo con sus pares especialistas que los ayudan en el tratamiento de casos difíciles.

También se ha señalado el *blockchain* como un recurso importante para los servicios gubernamentales, la inclusión financiera, la salud y la protección social. Es el sistema que permite un almacenamiento distribuido por varias bases de datos en la nube, protegido por varias capas de claves criptográficas en el que pueden compararse grandes cantidades de datos mediante la recolección biométrica. Estos pueden recogerse por identificación del iris, la cartografía facial, las huellas dactilares, el ácido desoxirribonucleico (ADN), la voz y la firma (18). El Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas, que es la organización humanitaria más grande del mundo, está probando el uso de la tecnología *blockchain* para distribuir asistencia, en efectivo, a los refugiados sirios en el campamento de refugiados de Azraq en Jordania (19).

No obstante, la persona humana frente a la tecnología y por tanto frente a los *entornos digitales* puede ser extremadamente hipervulnerable. La hipercomunicación por medio virtuales atenta contra la formación de niños y adolescentes que necesitan socializar de manera presencial con sus pares, en tanto que la convivencia exagerada mediante pantallas no contribuye a su desarrollo. A su vez, los niños con gran frecuencia son expuestos por los adultos en las redes sociales, lo que implica altos riesgos de daño.

Por otro lado, quienes habitan y navegan sin límites y sin prevenciones por los *entornos di-*

---

(17) DIEZMA, Fernando R., "La captación de la voluntad en el mundo digital. Una aproximación desde el pensamiento de Michel Foucault", tesis Universidad Autónoma de Madrid, 2021, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=290219>, consultado el 11/07/2022.

(18) NATHANSOHN, Bruno, "El desafío de las tecnologías digitales invasivas", diario *Perfil*, del 01/10/2021.

(19) <https://es.wfp.org/transferencias-de-base-moneteria>, consultado el 11/07/2022.

*giales* pueden sufrir lesiones en sus derechos personalísimos, como se verá, e inclusive en sus derechos patrimoniales, por ejemplo, por sufrir estafas virtuales.

Otra cuestión que debe preocupar es su utilización para ejercer discriminación contra personas o colectivos, la denominada discriminación algorítmica. Los datos pueden ser programados con sesgos que discriminen (20). Respecto de los adultos mayores o personas con discapacidades, se puede ejercer discriminación indirecta cuando no se ofrecen alternativas a servicios que se programan solo *online*, de manera que quien no pueda operar las herramientas *online* queda fuera de su entorno.

El notable impacto de las *nuevas tecnologías* en los derechos personalísimos a la vida y a la salud es indiscutible, no obstante, en ese ámbito la incidencia de los *entornos digitales* es un tanto menos significativa, razón por la que, como dijimos, por las limitaciones de este trabajo, trataremos en especial solo el derecho a la intimidad y a la imagen.

### V. Los entornos digitales frente al derecho a la intimidad

En la actualidad las personas, en una amplísima mayoría, disponen de diversos accesos a los *entornos digitales* e, inclusive, pueden encontrarse inmersas en las redes sociales sin siquiera su conocimiento y, mucho menos, su consentimiento.

En relación con ese tema, preocupa cómo proteger de la mejor manera posible el derecho a la intimidad, que tiene garantía constitucional y convencional (art. 19, CN; art. 11, inc. 2º, CADH, y art. 16 de la CDN). También en el ordenamiento *infra* constitucional, el Cód. Civ. y Com. en el art. 1770 refiere a la protección de la intimidad y la encuadra en la defensa contra la intromisión arbitraria en la vida ajena mediante la publicación de retratos, difusión de correspondencia, mortificación a otros en sus costumbres o sentimientos, o cualquier perturbación similar.

Se ha dicho gráficamente que el *derecho a la intimidad* es el derecho a que cada uno pueda

llevar su vida personal a su antojo, gozar de un "círculo íntimo". La Corte Europea de Derechos Humanos amplía esta noción, un tanto restringida, afirmando que "el respeto por la vida privada también debe abarcar, en cierta medida, el derecho del individuo a establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes", y considera que "cada uno tiene el derecho a vivir como desea y el derecho a ser percibido como uno es" (21).

Los *entornos digitales* son vehículos apropiados para entrometerse en la intimidad de las personas mediante los más variados accesos, quizás el ejemplo más rotundo es el uso de la telemedicina, tal como la teleconsulta formalizada con frecuencia sin respetar los debidos protocolos, la historia clínica digital que puede circular sin cuidado por las redes entre la clínica, la obra social, el médico y otros prestadores de salud.

Aun cuando puede entenderse que el derecho a los datos personales, la imagen de la persona, el honor o a la identidad son derechos personalísimos que exigen autonomía en su tratamiento, no puede negarse que están indisolublemente conexos con el derecho a la intimidad, de manera que, cuando se afecta uno de esos derechos, existe intromisión en la intimidad del titular.

Una incidencia indudable en el derecho a la intimidad tiene la recolección y el tratamiento de *los datos personales*. El derecho de la persona sobre sus datos personales es para algunos un derecho personalísimo autónomo, significa que su titular tiene facultad de control de su información personal que circula. Se ha dicho que es un despliegue más de la autonomía individual en cuanto a que la persona puede decidir, hasta cierto límite, cuándo y qué información referida a ella, puede ser objeto de procesamiento. Se denomina autodeterminación informativa, e incluso libertad informática (22).

(21) CANAS, Sophie, "Conseiller référendaire à la Cour de cassation, L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en oeuvre de l'article 9 du code civil", *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* nro. 48 (Dossier: vie privée), juin 2015, ps. 47-58.

(22) MOLINA QUIROGA, Eduardo, "Protección de datos personales como derecho autónomo. Principios

(20) MILANESI, Valeria, ob. cit.

La recolección y tratamiento en masa de los datos personales por parte de grandes empresas se concreta por diferentes vías, por ejemplo, por los datos que para acceder a algún beneficio los mismos titulares brindan acerca de su identificación o de la composición de su familia, respecto de su vivienda o de alguna preferencia en el consumo; por la captación en línea de las transacciones que las personas van realizando a diario; por el empleo de las *cookies*, que permiten almacenar y recuperar una cantidad inmensa de datos, que se relacionan y procesan. Por esos medios se logra una categorización de perfiles de conducta, preferencias, hábitos y otras aristas que hacen a la privacidad de las personas y que, por lo general, no querrían divulgar (23).

Esos trabajos impulsados por la tecnología informática han sido tempranamente objeto de legislación especial. Quizá lo que motivó la sanción de normas legales haya sido la preocupación por la evidente afectación que podían sufrir los derechos personalísimos por el empleo de esa tecnología en época en que comenzaba a insinuarse la tensión existente entre ambos. En los años setenta del siglo pasado Francia dictó su famosa ley 78-17 del 6 de enero de 1978 relativa a la informática, los archivos y las libertades, que está vigente con numerosas reformas introducidas en los últimos años para adaptarla al Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 2016/679 y a la directiva 2016/680.

En nuestro país, la ley 25.326, de octubre 2020, sobre protección de los datos personales, necesita reformas sustanciales, teniendo en cuenta las falencias que se le señalaron desde su sanción y, sobre todo, porque urge tener en cuenta el objeto de su regulación. Es que debe lograrse, como se ha señalado con razón, una protección más integral de los datos personales que recepte los aportes de la doctrina y considere todas las particularidades que hoy presenta la cuestión (24). El ordenamiento normativo argentino cuenta también con otra norma, la ley

rectores. Informes de solvencia crediticia. Uso arbitrario. Daño moral y material", 2003, SAIJ DACC030027.

(23) TOBIAS, José W., "Los derechos personalísimos...", ob. cit.

(24) *Ibidem*.

26.032 de 2005, un tanto declamatoria, pero importante porque en un solo artículo proclama con fuerza la libertad de expresión: "La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión" (25).

Respecto de la necesaria protección de los datos personales como modo de impedir la invasión a la privacidad de sus titulares, el sistema no logra encontrar el medio de impedir la circulación y comercialización masiva y global de aquellos. Parecería que en la actualidad el problema más grave que se presenta es cómo limitar y controlar la cesión a terceros de las grandes bases de datos personales.

La otra cuestión inquietante es cómo proteger de manera adecuada los datos personales contra los poderes públicos cuando los tratan y almacenan por razones de seguridad. Otra vez se plantea la tensión entre el interés individual y el interés colectivo.

Vinculado con el derecho a los datos personales aparece, sobre todo en los últimos años, se encuentra el denominado *derecho al olvido*, derecho a la supresión o a la desindexación (26) de los datos en las bases informatizadas. Es un despliegue concreto de la autodeterminación informativa y ha sido conceptualizado como el derecho de toda persona a solicitar la eliminación de su información personal de las bases de datos que las contengan y, en caso de no poder quitarla, a solicitar que no se indexen sus datos en los resultados de búsqueda o no se utilicen sin su autorización. El resultado debe ser que la persona no será expuesta mediante la publicidad de sus datos personales en ninguna base de datos de las que haya solicitado dicho derecho al olvido (27).

(25) Acerca de la garantía constitucional a la libertad de expresión, p.v., DA CRUZ VILAÇA, J. L., "L'application de la Charte dans l'ère du numérique", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66, 2020, ps. 447-469, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.66.06>.

(26) Vocablo que significa eliminar de los índices, contenido diferente al que se le atribuye en Economía.

(27) MONTALBANO, Lydia, "El reglamento europeo de protección de datos personales y el derecho al olvido",

El supuesto de hecho que prevé el derecho al olvido es la facultad del titular para oponerse a la existencia en las redes de sus datos personales, aun cuando son verdaderos, fueron y son de interés público, han sido obtenidos lícitamente o han sido hechos públicos por el mismo titular. La consecuencia jurídica sería que esos datos se “olviden”, se borren de los motores de búsqueda, a solicitud de su titular en razón de que, por el transcurso del tiempo han devenido inútiles e, inclusive, nocivos para él mismo. El solicitante debe probar la innecesariedad de tenerlos vigentes en las redes, que no hay motivos legítimos para mantenerlos y que su supresión no afecta la libertad de expresión y de información. No se trata de evitar un daño por una nueva publicación de los datos sino de impedir la permanencia de una información concreta en la red.

El ejercicio de este derecho crea una tensión importante con el derecho a la información y a la libertad de expresión (28). El Reglamento Europeo Relativo a la Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, vigente desde 2018 regula el derecho de supresión o al olvido en el art. 17. La regla general es que el titular de datos personales tiene derecho a obtener sin dilación indebida la supresión de sus datos personales en las circunstancias que se enumeran, por ejemplo, cuando ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o sean tratados de otro modo, cuando retire el consentimiento según lo previsto en la propia ley, cuando se oponga al tratamiento en los casos que la ley prevé, cuando hayan sido tratados ilícitamente.

Es importante señalar que en el apart. 3º de dicha norma se establecen excepciones expresas, según las cuales el titular de los datos no puede pedir la supresión cuando el tratamiento sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información; para el cumplimiento de una obligación legal que requiera

tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid - Facultad de Derecho, 2019.

(28) Hace tiempo la cuestión ya preocupaba a RUFFINI GANDOLFI, María Letizia, "Libertà di espressione ed emotional distress", *Università degli studi di Milano, Facoltà de Scienze Politiche, Istituto di Diritto e Política Internazionale*, nro. 13, 1993.

el tratamiento de datos impuesta por el derecho de la Unión o de los Estados miembros; por razones de interés público en el ámbito de la salud pública; con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos. En julio del 2020 el Comité Europeo de Protección de Datos publicó una guía que contiene criterios interpretativos respecto del mencionado art. 17 del RGPD/2019.

En este tema se plasma la tendencia que se señaló más arriba y queremos destacar de nuevo el progresivo e incesante camino de lo privado a lo público. Esto lleva a considerar que en una sociedad que cada día expone más su privacidad, llevándola a lo público, resulta contradictorio que se oponga el derecho al olvido y la autodeterminación informativa personal al sistema de autodeterminación colectiva y al derecho social a la información del que deben gozar todas las personas en un Estado democrático. La información verdadera, que ha sido obtenida en forma lícita, que refiere a una persona pública o a un suceso de relevante interés público, exige su permanencia y libre acceso en los medios.

## VI. Los entornos digitales frente al derecho a la imagen

El derecho a la imagen es uno de los derechos personalísimos que se vulnera con mayor frecuencia sin reparos. Casi naturalmente cualquier persona capta la imagen de otra en las más variadas circunstancias sin siquiera anoticiarla, dada la disponibilidad de cámaras de alta resolución en los dispositivos móviles. Luego, también como si fuera un objeto de libre disponibilidad, la sube a una red social o, lo que es más grave aún, aparece en una publicación periodística.

La peculiaridad de este derecho individual en el ordenamiento jurídico argentino es que su protección constitucional no está en forma expresa incluida en la Constitución Nacional ni en ninguno de los tratados que tienen jerarquía constitucional. No obstante lo cual, en la doctrina y la jurisprudencia se ha entendido que la garantía constitucional al derecho a la imagen deviene de la protección a la intimidad, en la que puede considerarse implícita. Por el contrario, en el derecho infraconstitucional ha sido el

derecho personalísimo que primero fue protegido por una norma legal.

En efecto, ha sido el art. 31 de la vetusta ley 11.723 de Propiedad Intelectual que, tratando de proteger la actividad comercial fotográfica, protege la imagen de la persona. En la actualidad el derecho a la propia imagen se encuentra mencionado en el supuesto de hecho del art. 52 del Cód. Civ. y Com. y su régimen se encuentra en el art. 53, en el que se protege no solo la imagen sino también la voz de la persona frente a cualquier modo que se pretenda captarlas. Como regla, se exige el consentimiento de la persona. Las excepciones deben ser interpretadas con ciertas restricciones. No se exige el consentimiento si la persona participa en actos públicos; cuando existe interés científico, cultural o educativo siempre que sea un interés prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario. Asimismo, cuando se trata del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general, es decir, no cualquier acontecimiento, sino cuando revista interés general.

Frente a los *entornos digitales* el derecho a la imagen está tan expuesto como el derecho a la intimidad. Además de las imágenes de personas que circulan por espacios públicos porque han sido captadas por cámaras fotográficas, se encuentran las imágenes de personas que captan los sistemas de Google Maps y similares. Pueden también circular, aunque no deberían, las imágenes captadas por cámaras de videovigilancia o las cámaras de reconocimiento facial que, mediante inteligencia artificial, logran reconocimientos faciales con alto nivel de precisión (29).

La cuestión que ha suscitado mayores problemas desde siempre y hasta la actualidad es la actividad que realizan los motores de búsqueda de los sitios de internet, porque almacenan todos los contenidos y permiten en cualquier momen-

to una búsqueda que logra recuperar y asociar fotografías de los lugares más insólitos, identifica a las personas, las relaciona con su pasado, y, en muchos casos, las asocia con sitios pornográficos que nada tienen que ver con las imágenes recuperadas.

Frente a estos problemas, surge la necesidad de determinar quién es el responsable por la lesión al derecho a la intimidad, a la imagen, al honor. Se demanda con frecuencia al IPS del proveedor del servicio de internet que para algunos asume responsabilidad objetiva por falta de control de lo que permite subir a sus páginas web. Mayoritariamente, se le atribuye responsabilidad subjetiva en la medida que, anoticiado de la existencia de un contenido lesivo no lo remueve. Se ha dicho que “la ‘medida’ de la diligencia que cabe imponer a los motores de búsqueda (u otros proveedores de servicios de internet), a fin de eximirse de responsabilidad por daño causado por contenidos controlados por un tercero, es dar de baja a los usuarios infractores cuando toman conocimiento de la ilicitud de esos contenidos (...). La conducta antijurídica consiste, pues, en la omisión de eliminar de su listado de resultados las páginas de contenidos violatorios de derechos una vez que son notificados de su carácter ilícito” (30).

En aquellos casos en que están individualizadas las personas que han aprovechado la red para lesionar un derecho personalísimo los proveedores del servicio de internet tratan de trasladar la responsabilidad (31). En ese sentido se ha rechazado una demanda entablada contra un proveedor de servicios de internet porque se trataba de una publicación injuriosa de un blog y el tribunal estimó que, estando individualizada la persona que lesionó el honor de la demandante, debía accionarse contra ella (32).

(30) Del voto de la Dra. Najurieta en CNFed. Civ. y Com., sala I, 14/02/2013, "Cupito, Alejandro M. c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/daños y perjuicios", AR/JUR/4875/2013.

(31) CNFed. Civ. y Com., sala II, 03/05/2019, "S. V. T. c. Google inc. s/ acción preventiva de daños", LA LEY, 2019-D, 446.

(32) CNFed. Civ. y Com., sala I, 15/09/2016, "H. A. N. c. Google s/ medidas cautelares", LA LEY, 2016-F, 35.

(29) “Una sencilla aplicación con reconocimiento facial es preocupantemente precisa”, *Infobae* del 01/06/2022: “Una búsqueda toma tan solo unos segundos. Con apenas subir una fotografía de una cara y seleccionar una casilla para aceptar los términos de servicio, la app presenta una cuadrícula de fotografías de rostros que considera similares, con vínculos de dónde aparecieron en internet”.

La Corte Suprema, por mayoría, ha sostenido que “[l]os buscadores de internet solo responden por la existencia en sus bases de *thumbnails* cuando toman efectivo conocimiento de que las vinculaciones a contenidos de terceros lesionan derechos personalísimos de un sujeto y no adopten medidas que, dentro de las posibilidades que ofrece el sistema, eliminen o bloqueen los enlaces pertinentes. Los buscadores de imágenes no ‘captan’, ‘reproducen’ ni ‘ponen en el comercio’ imágenes en el sentido empleado por los arts. 31 de la ley 11.723 y 53 del Cód. Civ. y Com., sino que simplemente facilitan al público usuario de internet, mediante la indexación y la provisión de un modo de enlace, el acceso a las imágenes ‘captadas’, ‘reproducidas’ o ‘puestas en el comercio’ por otros” (33).

Legitimados para accionar son el titular del derecho lesionado y, si se trata de niños, niñas o adolescente, puede serlo también el defensor del niño. Las demandas deben promoverse indicando con precisión los contenidos lesivos cuya remoción o supresión se solicita, porque no se admite la procedencia de aquellas acciones que pretenden condenas genéricas que ordenen eliminar todo vínculo sin mayores precisiones, porque ello implica atribuir a los motores de búsqueda una función de censura que no les corresponde (34). Es tarea del solicitante individualizar los sitios que lesionan sus derechos (35).

Acerca del tipo de demanda que puede promoverse, se han señalado una variedad, como las medidas autosatisfactivas; la sentencia anticipada, tutela anticipada, anticipo o adelanto de jurisdicción o sentencia adelantada; el mandato preventivo o de prevención; la tutela inhibitoria de expresión o vulgarmente “bozal (o mordaza)

(33) CS, 12/09/2017, "Gimbutas, Carolina V. c. Google Inc. s/ daños y perjuicios", LA LEY, 2017-E, 266.

(34) BASTERRA, Marcela I., "El derecho a la imagen y el alcance de la responsabilidad de los buscadores de internet. La necesidad de una legislación acorde", LA LEY, 2018-D, 315.

(35) Del voto en disidencia de los Dres. Lorenzetti y Maqueda en autos CS, 28/10/2014, "Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios", LA LEY, 2014-F, 401.

legal”; la tutela inhibitoria o interdicción de restricción de expresión en internet (36).

En estos casos surge la tensión entre la tutela al derecho personalísimo lesionado y el derecho a la libertad de información y de expresión ambos de raigambre constitucional, conflicto que debe resolverse acudiendo al juicio de ponderación, que debe elaborarse como cuidadosa filigrana.

## VII. La prevención

Como es sabido, en el mundo jurídico de este tiempo se viene desarrollando con esmero el principio de prevención. El sistema, con toda sabiduría, aspira a poner en práctica la prevención, es decir, a que deba verse, conocerse de antemano o con anticipación un daño o perjuicio; anticiparse a un inconveniente. La finalidad es lograr un máximo de protección a las personas, las cosas, el ambiente, la sociedad e, inclusive, al mismo sistema. Si se alcanzara el máximo nivel de prevención se llegaría un régimen ideal, lo más cercano a un sistema justo, porque se estarían previendo los obstáculos que la justicia puede ir encontrando para su realización plena.

El principio de prevención es muy relevante en la actualidad y juega su rol esencial en el ámbito de los derechos personalísimos, dado que, como se dijo, todo ilícito que los afecte resulta muy difícil de subsanar sin que deje huellas y si se trata de reparar algún daño que haya ocasionado resulta también dificultoso cuantificarlo. Por tal razón acierta el Cód. Civ. y Com. en el art. 52 cuando confiere la acción de prevención a toda persona humana “lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal”.

En el derecho argentino se señala el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. como un baluarte en esta materia, sin embargo, no debe obviarse el art. 43 de la CN que faculta a toda persona para “interponer acción expedita y rápida de amparo,

(36) GALDÓS, Jorge M., "La prevención del daño en las nuevas tecnologías. La tutela preventiva en las redes sociales", en TOBIÁS, José W., "Los derechos personalísimos...", ob. cit.

siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley". Esta norma constitucional de enorme importancia preventiva, receptó en 1994 la acción de amparo regulada hasta entonces en leyes especiales y algunas constituciones provinciales. En relación con sus antecedentes amplía el ámbito de aplicación, pues faculta a ejercer la acción no solo contra el Estado, sino también contra particulares (37) y en relación con la norma infraconstitucional del art. 1710 resulta más abarcadora porque tiene en consideración no la inminencia de un daño, sino la inminencia de un acto u omisión de ilegalidad manifiesta.

Se trata de dos normas de distinta jerarquía que tienen una relación de coadyuvancia por complementación. Presentan cierta similitud con la acción inhibitoria que los italianos definen como "la orden judicial impartida a una persona de abstenerse de un comportamiento ilícito" (38).

El referido art. 1710 del Cód. Civ. y Com. es una norma troncal incluida en el régimen de responsabilidad civil que impone a toda persona el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado; no agravarlo si ya se produjo y de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Se complementa con los arts. 1711 a 1713 que establecen el régimen de la acción preventiva caracterizada por tres elementos esenciales: atiende a la previsibilidad del

daño, legitima a quien tiene interés razonable y pondera la admisibilidad con criterio de la menor restricción posible.

Según el art. 1711 para que se habilite una acción preventiva quien tenga interés legítimo debe acreditar que "una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento". El carácter previsible del daño tiene relación directa con las posibilidades concretas que se produzca, según las circunstancias de tiempo, lugar y persona (art. 1724 Cód. Civ. y Com.). No se requiere una previsibilidad extrema imposible de alcanzar y que, en ocasiones, podría lesionar derechos constitucionales como la libertad (39). La prueba de la previsibilidad está a cargo de quien acciona fundado en un interés razonable.

Por otra parte, se exige al momento de admitir una acción preventiva, igual que en la acción de amparo, que la medida que se dispone importe la menor restricción posible de los derechos con los que colisiona el derecho del solicitante de dicha medida. Es frecuente que colisionen derechos fundamentales de igual jerarquía por lo que las soluciones se vuelven complicadas dado que solo es posible resolver el problema aplicando el juicio de ponderación de la manera más equilibrada posible. Como hemos visto, si se pretende evitar o disminuir la lesión a los derechos a la intimidad, imagen y honor por el accionar de los motores de búsqueda en las páginas de internet, con frecuencia se entra en pugna con el derecho a la libertad de expresión. Debe resolverse con la menor restricción posible, debe ponderarse estrictamente la protección al derecho personalísimo y el ejercicio de la libertad de expresión.

En ese sentido la CS en el *leading case* "S., V. c. M., D. A. s/ medidas precautorias", dijo: "Corresponde a la Corte Suprema armonizar la debida protección a la libertad de prensa y la consecuente prohibición de la censura previa —que juegan un rol decisivo en el mantenimiento del sistema republicano de gobierno— con la tutela del derecho de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su intimidad (...). La protección judicial del interés del menor

(37) Al respecto p.v. nuestro trabajo, "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional", LA LEY, 1996-A, 1245.

(38) RUFFOLO, U., "Illecito aquiliano da mass media e tutela inhibitoria preventiva", en BESSONE, Mario, *Casi e questioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1994, 4ª edic., p. 64; BIANCA, C. Massimo, "Diritto civile", Giuffrè, Milano, 1994, t. 5, p. 781. Para MESSINEO, Francesco, "Manual de derecho civil y comercial" (Ed. EJE, Buenos Aires, 1971, trad. S. Sentís Melendo, t. IV, parág. 114, nro. 5 bis), la inhibición es un acto del juez (provocado por el interesado) que tiende a hacer cesar la violación (incumplimiento) de la obligación de no hacer, cuando sea susceptible de repetirse.

(39) PIZARRO, Ramón D., "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por inactividad ilegítima", SJA 08/10/2014, 14, AR/DOC/5661/2014.

debe estar estrictamente ceñida a lo que resulta indispensable, para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa” (40).

Esta regla se ha reiterado de manera constante por el tribunal supremo desde la fecha de esta sentencia, abril del 2012, hasta el presente.

### VIII. Conclusiones

Debemos sintetizar algunas afirmaciones centrales.

1) En relación con los derechos personalísimos los principios cardinales que rigen son el respeto a la dignidad de la persona y a su autonomía, expresión de su libertad individual, consagrados en las normas constitucionales, convencionales e infraconstitucionales.

---

(40) CS, 03/04/2012, "S., V. c. M., D. A. s/ medidas precautorias", Fallos 324:975.

2) Las conclusiones a que se arriban en esta materia se caracterizan por su provisoriedad, porque están destinadas a brindar la mejor protección de los derechos personalísimos frente a la ciencia y la tecnología, de avances acelerados e impredecibles, en el marco de la percepción y la concepción que la sociedad tiene de esos derechos en estas primeras décadas del tercer milenio.

3) Las conclusiones que deriven de nuestros estudios en la actualidad deberán ser adaptables a los cambios que se produzcan en el mundo en que vivimos, con miras a la mejor protección de la persona humana en su mismidad, es decir, en sus derechos que le son tan inherentes.

4) En el estado actual de la protección de los derechos personalísimos frente a los *entornos digitales* es necesario esforzarse por encontrar instrumentos para la prevención frente a los actos ilícitos que puedan afectarlos.

# El fallo “Denegri”: algunas reflexiones acerca del denominado “derecho al olvido”

Pía Politi (\*)

Araldo Cisilino (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. La visión de la Corte Suprema.— III. El “derecho al olvido” no es protectorio.— IV. El valladar del “interés público” y su problemática.— V. Perspectiva de género.— VI. Información sobre casos judiciales.— VII. A modo de conclusión.

## I. Introducción

En fecha reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en torno al denominado “derecho al olvido”.

Se trata de un instituto con antecedentes jurisprudenciales (1) y legislativos (2) en la Unión

---

(\*) Abogada (UBA con honores); consejera en Pérez Alati, Grondona, Benites y Arntsen (PAGBAM); especialista en Derecho Informático y la Tecnología. Completó la Especialización en Derecho de Alta Tecnología (UCA), el Programa de Formación en Derecho de Internet y Tecnología de las Comunicaciones (DITC) (UDESA) y realizó el Programa de Derecho Internacional y Derecho Comparado diseñado para abogados no residentes de EE. UU. en el Center of American and International Law (CAIL) en Dallas, Texas, EE. UU., y obtuvo el título de *Academy Fellow*.

(\*\*) Abogado (UBA); socio en Pérez Alati, Grondona, Benites y Arntsen (PAGBAM), especialista en Derecho Informático y la Tecnología; magíster en Derecho y Economía de la Universidad Di Tella. Completó la Especialización en Derecho Bancario (UBA) y la Especialización en Derecho de Alta Tecnología (UCA). Participa activamente en numerosos cursos, jornadas y seminarios como orador.

(1) TJUE, 13/05/2014, “Google Spain SL Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González”; disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>.

(2) Art. 17 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea 2016/679.

Europea, pero rechazado en los EE. UU. (3). En tanto, en Latinoamérica ha recibido un tratamiento más bien negativo (4).

Si bien en nuestro ordenamiento no existe ese derecho europeo al olvido, algunos autores pretendieron impulsar su reconocimiento, como una derivación prácticamente “obvia” de la dignidad humana, al sostener que este supuesto derecho, al que no dudan en asignarle carácter protectorio, se encuentra a la par de otros derechos humanos fundamentales, como el derecho a la intimidad, o el derecho al honor (5).

---

(3) US Court of Appeals for the Ninth Circuit, 18/02/2015, “García, Cindy Lee c. Google Inc.”.

(4) Sup. Trib. Fed. Brasil, 11/02/2021, “Curi, Nelson y otros c. Globo Comunicacao e Participacoes SA”, RE1010606; Corte Sup. Chile, 03/01/2022, “Abreu Guerrero, Herval Rossano c. Microsoft Chile SA y otros”; *id.*, 26/02/2021, “Maureira Álvarez, Benjamín Iván c. Google y otros”; *id.*, 06/12/2016, “Millalongo Díaz, Juan Esteban c. Google y otro”; Corte Const. Colombia, 12/05/2015, “Acción de tutela instaurada por Gloria contra la Casa Ed. El Tiempo”, T-277/15; *id.*, 16/02/2017, “Acción de tutela instaurada por Luis Alfonso Cano Bolaño”, T-098/2017.

(5) BASTERRA, Marcela I., “El caso ‘Denegri’: una oportunidad para que la Corte Suprema de Justicia recepte el derecho al olvido”, ED del 15/03/2022, ED-MMDCCIII-174, y ÁLVAREZ WERTH, F., “Dignidad humana y derecho al olvido”, presentado en XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural: ley natural y dignidad humana, Universidad Católica Argentina, octubre de 2016, disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu>.

Sin embargo, en el fallo “Denegri” (6), la Corte rechazó el derecho al olvido en forma tajante, con el voto unánime de todos sus miembros.

Entre los primeros comentarios no tardaron en aparecer voces críticas, que tal vez habían anticipado que la Corte aceptaría su aplicación, como modo de “adaptar” nuestro derecho a mejores —o al menos más actuales— estándares internacionales.

En este sentido, se llegó a afirmar que el fallo de la Corte “constituye una oportunidad desperdiciada” (7), o que reiteró jurisprudencia conocida, sin aportar mayores novedades.

Por el contrario, en nuestra opinión, al resolver como lo hizo, la Corte ha enviado un fuerte mensaje —en su rol de máximo intérprete de nuestra Constitución— destinado no solo al universo de operadores jurídicos, sino a la sociedad toda.

También consideramos que, contrariamente a algunas respetables opiniones (8), este supuesto “nuevo derecho”, que colisiona con el derecho constitucional y convencional a la libertad de expresión y el acceso a la información, no necesariamente juega un papel “protectorio” de los derechos humanos.

## II. La visión de la Corte Suprema

El fallo dictado por la Corte Suprema en el caso “Denegri” se enmarca en la mejor tradición de nuestro máximo tribunal y del sistema interamericano de derechos humanos, que otorgan la máxima protección a la libertad de expresión

ar/repositorio/ponencias/dignidad-humana-derecho-olvido-werth.pdf.

(6) CS, 28/06/2022, “Denegri, Natalia R. c. Google s/ derechos personalísimos. Acciones relacionadas”, expte. CIV 50016/2016/CS1 CIV 50016/2016/1/RH1, Fallos 345:482.

(7) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Derecho al olvido: el caso ‘Denegri’ fue una oportunidad perdida”, diario *La Nación* del 28/06/2022, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/derecho-al-olvido-el-caso-denegri-fue-una-oportunidad-perdida-nid28062022>.

(8) MANILI, Pablo L., “El derecho al olvido. ¿Derecho constitucional implícito?”, ED del 10/05/2022, p. 29.

y el acceso a la información (9), y que admiten muy pocas excepciones, como podría ser la defensa del interés superior de un niño (10).

En este sentido, y ya en el ámbito de internet, en relativamente pocos años la jurisprudencia de nuestra Corte cuenta con varios precedentes notables, como “Rodríguez María Belén” (11), “Sujarchuk” (12), “Gimbutas” (13), “Paquez” (14), “Mazza” (15), “C. Z. M.” (16) e “Irigoyen” (17).

En todos estos pronunciamientos se ha reconocido el rol esencial de internet para la libertad de expresión y el acceso a la información, y en varios de ellos se ha destacado la imprescindible actuación de intermediarios —como los motores de búsqueda— como vehículos idóneos para el ejercicio *efectivo* de estos derechos.

En esta oportunidad, además de reiterar tales principios, la Corte estimó que el mero paso del tiempo —supuesto basamento central del llamado “derecho al olvido”— no convierte en ilícito un contenido, de modo tal de justificar su eliminación, o que se impida o dificulte su acceso a la comunidad.

(9) CS, Fallos 331:1530; 321:2250; 306:1892 y 310:508.

(10) CS, 03/04/2012, “S., V. c. M., D. A. s/ medidas precautorias”, Fallos 324:975.

(11) CS, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios”, Fallos 337:1174.

(12) CS, 01/08/2013, “Sujarchuk, Ariel B. c. Warley, Jorge A. s/ daños y perjuicios”, S. 755. XLVI.

(13) CS, 12/09/2017, “Gimbutas, Carolina V. c. Google s/ habeas data”, Fallos 340:1246.

(14) CS, 03/12/2019, “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Paquez, José c. Google Inc. s/ medidas precautorias”, Fallos 342:2187.

(15) CS, 24/06/2021, “Mazza, Valeria R. c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios”, Fallos 344:1481.

(16) CS, 04/12/2018, “Recurso de hecho deducido por Google Inc. y Google Argentina SRL en la causa C. Z. M. c. Google Argentina SRL y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos 341:1844.

(17) CS, 05/08/2014, “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Irigoyen, Juan C. Hipólito c. Fundación Wallenberg y otro s/ daños y perjuicios”, Fallos 337:921.

En tal sentido, el máximo tribunal llega a calificar como “peligroso” que se permita la restricción de recuerdos del acervo público, pues ello podría “deformar el debate que la libertad de expresión pretende tutelar”.

La Corte aclaró que si bien eliminar contenidos no es idéntico a suprimir una de las vías de acceso a ellos —como podría ser un bloqueo a través de un motor de búsqueda— en “determinadas circunstancias” —y, agregamos, en la práctica— los efectos de ambas medidas “pueden resultar igualmente gravosos”.

A ello agregó —lo que también surge de la experiencia en estos casos— que “inhabilitar un nombre propio como uno de los canales para acceder a cierta información o contenido, podría extenderse a todos los participantes involucrados en el tema”.

Rechazando el planteo del caso puntual, agregó que el derecho al honor jamás podría verse afectado por actos propios y verdaderos, y que no se concibe una lesión a la intimidad por actuaciones públicas, como haber aparecido en forma voluntaria en los medios de comunicación.

El tribunal cimero también fulminó el razonamiento elaborado en instancias anteriores, que pretendió justificar la censura en apreciaciones subjetivas y categorías estéticas sobre una parte del material audiovisual en cuestión, lo que podría abrir paso a la arbitrariedad.

### **III. El “derecho al olvido” no es protectorio**

Resulta esencial comprender, cuando se habla ligeramente de “derecho al olvido”, que la información que se pretende ocultar, o dificultar su acceso, normalmente es de carácter controvertido, y —como bien señala la Corte— difícilmente afecte a un único individuo.

Esta característica no es privativa de la información de índole política, judicial o policial, sino que se extiende a todo tipo de contenidos.

En ese marco, postular que se reconozca sin más la existencia de un “derecho al olvido”, en ausencia de una visible base constitucional o legal, y a la vez pretender “elevantarlo” a la altura de otros derechos fundamentales, resulta —en

nuestra visión— equivocado, y hasta contradictorio con la defensa de los derechos humanos.

La libertad de expresión y el acceso a la información constituyen las dos caras de un mismo derecho, al que se le ha otorgado un lugar preeminente, entre otras cosas porque posibilita el ejercicio de otros derechos, como la salud, la educación, el trabajo, la participación política, la libertad religiosa, etc.

En palabras de la Corte, el libre acceso a la información es fundamental “para el funcionamiento de una república democrática”.

Una amplia defensa de la libertad de expresión difícilmente pueda resultar en un menoscabo de otros derechos, salvo contadas excepciones.

### **IV. El valladar del “interés público” y su problemática**

Los ejemplos citados anteriormente nos vinculan con otra cuestión —a nuestro juicio imposible de sortear— del denominado “derecho al olvido”, que es su supuesto valladar en aquellos contenidos que pudieran resultar de interés público, como los relativos a personajes públicos, o a aquella información que por su naturaleza es del interés de toda o una parte importante de la sociedad.

Pero ¿cómo se determina el grado de interés en un contenido?

La Corte cita el art. 53 del Cód. Civ. y Com., que menciona supuestos de utilización lícita de la imagen sin requerir el consentimiento: actos públicos, interés científico, cultural o educacional, y el ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

Una perspectiva protectora de la libertad de expresión conduce a interpretar estos supuestos en forma amplia.

Empero, resulta prácticamente imposible elaborar un criterio aceptable que permita juzgar en forma favorable los planteos de este tipo.

Insistimos: lo habitual es que la información que se pretende eliminar, o dificultar su acceso, es aquella que es buscada. Y si es buscada

es porque existe algún grado de interés en su acceso.

Recordemos nuevamente que, para la Corte, los motores de búsqueda desempeñan un papel central en el funcionamiento de internet, “en tanto actúan como una herramienta técnica que favorece el acceso al contenido”, y “cumplen un rol esencial dentro de la libertad de expresión, pues potencian el ejercicio de su dimensión social”.

La experiencia también nos ha enseñado que el interés público no es un concepto estático. Al contrario, el grado de atención hacia un contenido o tema normalmente varía, ya sea por otros acontecimientos, ya sea por el paso del tiempo. Pero este nivel de interés no siempre va en sentido decreciente.

El máximo tribunal advierte en “Denegri” que el mero paso del tiempo no hace perder a una noticia o información el atributo del interés.

De lo contrario, se “pone en serio riesgo la historia como también el ejercicio de la memoria social que se nutre de los diferentes hechos de la cultura, aun cuando el pasado se nos refleje como inaceptable y ofensivo para los estándares de la actualidad”.

## V. Perspectiva de género

En el caso analizado por la Corte —y pese a no haber sido planteado en instancias anteriores— también se reclamó al máximo tribunal que resolviera con “perspectiva de género”.

Se llegó a considerar el planteo de la actora como un supuesto de “violencia de género virtual”, invocándose la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (18).

(18) Ver presentación efectuada como *amicus curiae* por Guido M. Lorenzino en su carácter de defensor del Pueblo de la provincia de Buenos Aires en la causa “Denegri, Natalia R. c. Google Inc. s/ derechos personalísimos. Acciones relacionadas”, expte. 50016/2016.

Todo ello, entendemos, en la suposición de que el “derecho al olvido” puede ser un instrumento idóneo para la defensa de los derechos de la mujer.

Sin embargo, la experiencia en relación con peticiones de remoción o bloqueo de contenidos en internet y la jurisprudencia de los últimos años contradicen abiertamente esta última afirmación.

Insistimos en que el propósito —explícito o implícito— de un reclamo por “derecho al olvido” es privar a la comunidad del acceso a información.

Entre estos contenidos que se pretenden ocultar, muchas veces se encuentran voces y expresiones —incluso de tipo audiovisual— que denuncian situaciones de acoso, abuso o violencia de género.

Y son los propios “acusados” quienes normalmente solicitan que esa información ya no se encuentre accesible para los usuarios de internet.

Intentando poner un coto a ello, la jurisprudencia ha considerado que internet se erige hoy como el “medio más idóneo para la difusión de información que proteja a las potenciales víctimas de violencia, sirviendo asimismo como disparador para aquellas mujeres que de otra manera no habrían tomado dimensión del menoscabo a su integridad, siendo publicaciones (...) reparadoras en sí mismas. Una interpretación distinta en el caso en concreto importaría socavar el derecho a la libertad de expresión consagrado por el art. 13 de la CADH en su dimensión instrumental al servicio de la protección de la violencia contra la mujer” (19).

En otro caso se concluyó que “este tipo de denuncias públicas que involucra hechos de violencia contra las mujeres se encuentran especialmente protegidos por su carácter visibilizador para el debate público, por la protección y respecto de los derechos humanos de las presuntas víctimas y en definitiva para asegurar el

(19) Juzg. Corr. N° 2 La Plata, “Querrela por calumnias e injurias formulada por A. E. T. c. Colectivo de Actrices y Técnicas Platenses”, causa 3794/2018.

pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información. La restricción de este derecho, en el plano cautelar, importa una suerte de censura previa, prohibida por nuestra CSJN en el ya citado ‘Rodríguez’, pero además implica restringir la participación activa de la mujer en la denuncia de abusos y en la búsqueda de soluciones que resultarán en un mayor respeto a todos sus derechos fundamentales” (20).

Y no cabe duda de que todos los contenidos relacionados con la violencia desplegada contra las mujeres, en cualquiera de sus dimensiones —física, psíquica, económica, etc.—, se erigen como un asunto de interés público.

## VI. Información sobre casos judiciales

Otro supuesto frecuente son las peticiones de eliminación o bloqueo de información que involucran a los solicitantes con un proceso judicial o un hecho policial.

El alegado fundamento en este tipo de reclamos suele ser la “desactualización” del contenido, o que la información oportunamente publicada por la prensa no refleja el resultado final de la causa.

Un planteo recurrente es que una resolución de sobreseimiento —que hasta puede no ser definitiva— se traduce en forma automática en la falsedad de los hechos denunciados.

Pero en muchas ocasiones, el hecho de que haya recaído un sobreseimiento no implica necesariamente que los hechos no ocurrieron, o que los contenidos volcados en páginas de internet —como sitios de noticias e incluso redes sociales— describan sucesos inexistentes.

Por lo general, estas publicaciones son efectuadas por los medios en los primeros momentos de una causa, cuando “es noticia”. Es decir, tiempo antes de la sentencia que concluye la causa penal, que suele demorar años.

Acertadamente, en la mayoría de los casos los magistrados rechazan este tipo de reclamos, porque no encuentran razón para que ese con-

tenido —que muchas veces ni siquiera se alega como falso— se torne inaccesible para los usuarios de internet.

En este sentido, se ha resuelto que el carácter falso e injurioso de un contenido no es demostrado sin más con el sobreseimiento dictado *a posteriori* de las publicaciones, y el ulterior sobreseimiento y consecuente archivo de la causa por inexistencia de delito, no puede tener la virtualidad que se le asigna para justificar la limitación del contenido (21).

La jurisprudencia también ha concluido que en ese “lapso de tiempo” —es decir, al momento de la publicación— no hay dudas en sostener que las notas periodísticas contienen información ajustada a la realidad, no advirtiendo la existencia de ilegalidad, teniendo en cuenta que la inexactitud de la información a los efectos de la supresión es un requisito ineludible (22).

Un sobreseimiento no restringe ni elude el hecho de que una persona se haya visto involucrada en un caso vinculado a un delito penal, como así tampoco hacer caer, por inexacta, la noticia que se pueda objetar.

Al respecto, se resolvió que “[s]i bien el actor fue sobreseído del delito de (...), ello no restringe lo verídico de la noticia, pues al tratarse de una noticia que fue veraz, no puede ser materia de eliminación en la web, pues toda noticia o información que pasa de una situación a otra podría ser materia de supresión, lo que acarrearía innumerables casos que estarían dentro de esta categoría, y además se configuraría, como ya se dijo, una medida extrema que importa una grave restricción a la circulación de información, sobre la que pesa una fuerte presunción de inconstitucionalidad” (23).

(21) CCiv. y Com. Fed., sala III, 08/10/2020, "D. C., G. M. c. Google Inc. s/ habeas data (art. 43 CN)", expte. 4542/2020.

(22) Juzg. Civ. y Com. Fed. N° 4, 19/02/2013, "D. S., D. A. c. Grupo Clarín y otros s/ habeas data", expte. 7847/2011 (firme).

(23) Juzg. Civ. y Com. Fed. N° 5, 18/05/2022, "M., N. c. Google Inc. s/ habeas data", expte. 7735/2016 (sent. no firme). Cita online: TR LALEY AR/JUR/62888/2022.

(20) CFed. Bahía Blanca, 01/07/2021, "Inc. Apelación en autos: G. O., C. N. E. c. Facebook Argentina SRL y otro s/ habeas data", FBB 12042/2019/2/CA1.

Insistimos con que el hecho de que el reclamante haya sido finalmente absuelto no borra el hecho anterior de que fue objeto de investigación penal. Tampoco estas noticias pasarán a ser falsas por el solo transcurso del tiempo.

Se ha dicho también que, aun aceptando o demostrándose con posterioridad que se trata de una noticia errónea o desactualizada, ello no justifica impedir que sea conocida por el público, puesto que impedir el acceso a la difusión de información de interés público en tales circunstancias afectaría la garantía del art. 14 de la CN (24), debiendo prevalecer el principio de máxima divulgación de la información pública (25).

Los tribunales también se han expedido en relación con la “vigencia” de ese interés público respecto de una publicación del estilo y, en tal sentido, se ha considerado que la mera afir-

(24) CFed. Paraná, 25/11/2014, "Q., J. A. c. Google Argentina - reconstrucción y otro s/ habeas data", expte. FPA 41000236/2011, Cita online: TR LALEY AR/JUR/58285/2014.

(25) CNCiv., sala H, 02/09/2015, "D. P., Y. A. c. Google Inc. y otro s/ art. 250 CPC - incidente civil", expte. 22.595/2015. Cita online: TR LALEY AR/JUR/28961/2015.

mación de quien reclama no es fundamento suficiente para admitir que el interés informativo que en su momento tuvieron las noticias donde aquel fue mencionado se hubiere agotado, más aún cuando no mediaren pruebas concretas sobre su inexactitud (26).

## VII. A modo de conclusión

Al rechazar el denominado “derecho al olvido”, la Corte ha reafirmado la preeminencia de la libertad de expresión y el acceso a la información, particularmente en el ámbito de internet.

En nuestra opinión, ello en modo alguno constituye una “oportunidad perdida”, mucho menos un retroceso.

Por el contrario, la Corte ha puesto blanco sobre negro, y lo resuelto en “Denegri” resulta una guía para los tribunales inferiores y otros operadores jurídicos, procurando evitar la adopción —tal vez apresurada— de conceptos o criterios foráneos, no siempre compatibles con nuestra mejor tradición constitucional y convencional.

(26) CFed. Civ. y Com., sala II, 04/03/2022, "Incidente nro. 1 - L, S. R. c. Google Inc. s/ incidente de apelación", expte. 11303/2021.



## **COMISIÓN N° 2. OBLIGACIONES**

CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN POR  
FRUSTRACIÓN DEL FIN E IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO



# Imposibilidad de cumplimiento de la obligación

Ignacio E. Alterini (\*)

**Sumario:** I. Nociones elementales.— II. Necesidad de que la obligación sea de cumplimiento posible.— III. Metodología del Código Civil y Comercial— IV. Concepto.— V. Requisitos para que opere la imposibilidad de cumplimiento.— VI. Efectos.— VII. Comparación de la imposibilidad de cumplimiento con la frustración de la finalidad.— VIII. Análisis casuístico.— IX. Reflexiones conclusivas.

## I. Nociones elementales

### I.1. Cumplimiento e incumplimiento

Toda obligación implica la realización de una conducta por parte del deudor que se denomina prestación (art. 725, Cód. Civ. y Com.). La ejecución del comportamiento debido importa pago (art. 865, Cód. Civ. y Com.), lo que determina la extinción de la obligación y, consecuentemente, la anhelada liberación del deudor.

Entonces, ¿qué es el incumplimiento? Se trata del desacuerdo entre lo debido y lo realizado. El deudor cumple cuando paga a través de la satisfacción del programa prestacional en los sentidos de la identidad, la integridad, la puntualidad y la localización (arts. 867 y ccds., Cód. Civ. y Com.). En sentido contrario, el deudor incumple cuando existe un desajuste entre la conducta futura a la que se obligó y la que concretó.

No nos satisface la extendida concepción que tiende a matizar el incumplimiento según se trate de la inejecución total del plan prestacional, o de la ejecución defectuosa o parcial de él.

---

(\*) Doctor en Derecho (Universidad Austral); abogado y magíster en Derecho Empresario Económico (UCA); director del Departamento de Derecho Civil y de la Maestría en Derecho Civil de la Universidad Austral; profesor asociado de Derecho Privado I, Derecho de las Obligaciones, Derecho de Daños y Derechos Reales de la Universidad Austral; autor o coautor de diez libros, y de numerosos capítulos de libros y artículos de doctrina; socio de A&A - Alterini. Abogados & Consultores.

En nuestra visión, la alternativa es binaria: se cumple o no se lo hace (1).

### I.2. Del débito a la responsabilidad

El incumplimiento es el enlace que une el débito con la responsabilidad, ya que si la obligación se engendra como un deber del deudor a desplegar determinada conducta —débito—, su insatisfacción, o sea su incumplimiento, puede conllevar un deber de responder en cabeza del sujeto pasivo —responsabilidad—.

El incumplimiento es susceptible de ser considerado objetivamente, es decir, con independencia de las causas que llevaron a la lesión del derecho creditorio. Pero esa consideración no obsta que se pueda dilucidar a quién es atribuible la insatisfacción obligacional. De allí que el incumplimiento del débito por quien tenga que asumirlo le pueda ser imputable o no imputable.

Para que el incumplimiento sea imputable al deudor, es menester: a) que el deudor despliegue una conducta objetivamente discordante con la proyectada en el débito obligacional; b) que pueda endilgársele autoría; y c) que medie un factor de atribución subjetivo u objetivo, según los casos.

---

(1) Creemos con Betti que no es distinguible el inexacto cumplimiento del incumplimiento mismo (BETTI, Emilio, "Teoría general de las obligaciones", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, trad. y notas de derecho español por J. L. De los Mozos, t. I, ps. 122-123).

El incumplimiento, entonces, no será imputable al deudor si la conducta considerada en sí misma está justificada por el ordenamiento (arg. arts. 1717, 1718 y 1720, Cód. Civ. y Com.); si la autoría del incumplimiento puede desplazarse del ámbito del deudor por concurrir una causa ajena (arg. arts. 1719, 1729, 1730 y 1731, Cód. Civ. y Com.); si no media un factor de atribución suficiente (arg. arts. 1721 a 1724, Cód. Civ. y Com.).

### *1.3. El interés del acreedor ante el incumplimiento del deudor*

Si bien pensamos que el objeto de la obligación está dado exclusivamente por la prestación en tanto conducta debida por el deudor y que el cumplimiento no sería más que la concreción exacta de ese proyecto de comportamiento, nos hacemos cargo de la importancia que reviste el denominado “interés del acreedor” al tiempo de valorar las consecuencias del incumplimiento del deudor (2).

Si el incumplimiento deriva de que al acreedor ya no le interese que el deudor cumpla con la prestación debida, se califica de “absoluto”; en tanto que, si el interés del acreedor en el desarrollo de la conducta prestacional persiste, el incumplimiento se denomina como “relativo”.

Existe una frustración irreversible del interés del acreedor cuando: i) media una imposibilidad de cumplimiento definitiva (art. 955, Cód. Civ. y Com.); ii) se asiste a una imposibilidad de cumplimiento temporaria (art. 956, Cód. Civ. y Com.); y iii) la inejecución se presenta en un supuesto en el cual el cumplimiento “estricto” es esencial para la satisfacción del interés del acreedor (3).

---

(2) En nuestra visión, existe un argumento definitivo para afirmar que el interés del acreedor no puede ser el objeto único de la obligación, pero tampoco integrativo del objeto juntamente con la prestación. Si el interés del acreedor puede ser extraño a lo económico (art. 725, Cód. Civ. y Com.), es evidente que no podría ser ni conformar el objeto de un típico derecho subjetivo patrimonial. Véase ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Francisco J., "Tratado de las obligaciones", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, t. I, §84, p. 80.

(3) *Mutatis mutandis* es la situación jurídica que se regula en el inc. a) del art. 1084 del Cód. Civ. y Com., que alude a casos en los que "el cumplimiento estricto

No creemos que la manifiesta voluntad de no cumplir por parte del deudor deba encuadrarse invariablemente como un caso de incumplimiento absoluto. Un comportamiento de esas características derivaría en un incumplimiento esencial, y por tanto —si la obligación fuera de fuente contractual— habilitante de la vía resolutoria, tal como lo dispone el inc. e) del art. 1084 del Cód. Civ. y Com.: “el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor”.

Frente a una situación de esa singularidad, además, el acreedor podría instar la ejecución idéntica por el deudor —art. 730, inc. a), Cód. Civ. y Com.—, pues no se trata de que no pueda cumplir, sino tan solo de que no quiere hacerlo. Por ello, lo relevante es determinar si al acreedor le continúa interesando la prestación respectiva, o sea, si mantiene el interés en ella. De no hacerlo, pensamos que la inejecución sería una de carácter absoluto.

### *1.4. Propósito de este trabajo*

En este aporte, nos concentramos en analizar los lineamientos centrales de la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, tanto en sus aspectos estáticos como en sus perfiles dinámicos. Este trabajo concluirá con un abordaje casuístico del instituto desde la mirada de las distintas clases de las obligaciones.

## **II. Necesidad de que la obligación sea de cumplimiento posible**

### *II.1. Planteamiento*

La prestación debe ser susceptible de cumplimiento por el deudor, pues de otra manera mediaría imposibilidad, ya originaria —si tal

---

de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato". Basta con imaginar situaciones como las que pueden presentarse en los préstamos dinerarios insatisfechos. Si el mutuario hubiese necesitado la suma comprometida por el mutuante para adquirir un inmueble determinado y este no hubiera cumplido íntegramente el débito dinerario en la oportunidad debida, acaso el devenir económico puede provocar que ya no le interese al mutuario la ejecución de la prestación por el mutuante, ya sea porque por alteraciones cambiarias el quantum del mutuo ya no es suficiente para el cometido del acreedor, o porque el inmueble querido por él fue adquirido por otra persona.

defecto estuviera patente en la oportunidad de su constitución—, ya sobreviniente —si aconteciera *a posteriori*—.

La imposibilidad —al menos para el Derecho— no implica una dificultad sin importar cuán relevante ella sea, sino antes bien algo que no es posible que ocurra en el plano de las relaciones intersubjetivas (4).

Cuando la imposibilidad es originaria, si la fuente de la obligación fuese un acto jurídico, este sería nulo en razón de su objeto (arg. art. 279, Cód. Civ. y Com.), y consiguientemente la obligación no sería eficaz por no tener el soporte jurídico que la origine.

En cambio, si la imposibilidad fuese sobreviniente se aplicarían las normas de los arts. 955, 956 y 1732 del Cód. Civ. y Com. Esas directivas establecen que, si la imposibilidad es determinada por una causa extraña a los sujetos vinculados, la obligación se extingue sin responsabilidad; en contraste, cuando sea atribuible tal imposibilidad al deudor, la obligación mutará su objeto originario por el derivado de la prestación de valor consistente en indemnizar los daños causados.

## II.2. Posibilidad material y jurídica. Quid de la licitud

El art. 725 del Cód. Civ. y Com. establece que la prestación debe ser posible desde dos planos diferenciados: el material y el jurídico. Se ejemplifica: “No podría ser objeto de una obligación la conducta del deudor consistente en entregar un inmueble sito en Marte. Habría una imposibilidad material que hace innecesario todo otro examen (...). Tampoco podría ser objeto de una obligación la conducta del deudor, materialmente posible, consistente en entregar la propiedad de una plaza pública” (5).

(4) La explicación que efectuamos en el texto se funda en que no queremos que el lector desvíe la mirada y aprecie que la imposibilidad que apuntamos es la referida por el Diccionario de la Real Academia Española, en su segunda acepción: “Sumamente difícil”. La cuestión debe analizarse desde su primera acepción: “No posible”.

(5) BOFFI BOGGERO, Luis M., “Obligaciones (concepto general)”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XX, §25.

Para algunos, los conceptos de imposibilidad jurídica y de ilicitud responden a ámbitos distintos; en el primer escenario habría un obstáculo jurídico para concretar la prestación respectiva, mientras que ilicitud consistiría en un comportamiento contrario a la ley y —por tanto— susceptible de sanción (6). Se suele ejemplificar a la imposibilidad jurídica con la situación en la que una persona se obliga a constituir un derecho real no previsto por la ley; en tanto que la ilicitud del objeto estaría dada en casos hipotéticos tales como la obligación asumida para ejecutar una conducta castigada como delito por el derecho penal.

Ruggiero señala que la posibilidad jurídica y la licitud se tratarían de conceptos sinónimos (7), en tanto que otros aprecian que estarían vinculadas en virtud de una suerte de relación de género a especie, pero mientras que para autores como Lacruz Berdejo la ilicitud involucraría un concepto más amplio que el de imposibilidad jurídica, atento a que “esta se ciñe al objeto que la ley ha excluido del comercio jurídico; aquella supone cualquier contradicción con la letra o espíritu de ley y aun de la moral y las buenas costumbres” (8); para otros, como Rezzónico, “dentro del concepto de ‘jurídicamente posible’ puede considerarse incluido el requisito de que (...) la prestación objeto de la obligación, sea lícita” (9).

(6) Véase en ese sentido: ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Derecho de las obligaciones”, Buenos Aires, 2008, 4ª ed., §2, p. 57; TRIGO REPRESAS, Félix A., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, 3ª ed., t. IV, p. 29; CALVO COSTA, Carlos A., “Derecho de las obligaciones”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. I. “Teoría general de la obligación”, p. 64; OSSOLA, Federico A., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), “Derecho civil y comercial. Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, §48, p. 131.

(7) RUGGIERO, Roberto de, “Instituciones de derecho civil”, Ed. Reus, Madrid, 1931, trad. de la 4ª ed. italiana por R. Serrano Suñer y J. Santa-Cruz Teijeiro, vol. II, p. 30.

(8) LACRUZ BERDEJO, José L., y otros, “Elementos de derecho civil II. Derecho de las obligaciones”, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, 5ª ed., vol. I, §38, p. 59.

(9) REZZÓNICO, Luis M., “Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil”, Librería Editorial Ciencias Económicas, Buenos Aires, 1957, 8ª ed., p. 28.

Coincidimos con esta última postura, pues entendemos a la ilicitud como uno de los escenarios de la imposibilidad jurídica. Si una prestación fuese ilícita por estar prohibida expresamente por la ley, ella no sería posible en el mundo del Derecho. Claro está que la imposibilidad puede engendrarse por otros andariveles distintos al de la infracción a la ley en un sentido estricto; estamos refiriéndonos a hipótesis de prestaciones contrarias, aunque no directamente a la ley, sino solapadamente a través de conformaciones inmorales, atentatorias de las buenas costumbres o en perjuicio injustificado de terceros.

Acaso sea conveniente reservar el concepto de imposibilidad para la calificada como material, y aludir simplemente a que el objeto es antijurídico si media una disconformidad con el ordenamiento jurídico considerado en su conjunto (10).

### III. Metodología del Código Civil y Comercial

El Cód. Civ. y Com. reguló la imposibilidad de cumplimiento en los arts. 955 y 956, y luego reiteró su preceptiva en el art. 1732. Las primeras normas se ubican dentro de los modos de extinción de la obligación y el último precepto en la regulación de la función resarcitoria de la responsabilidad civil.

Si bien hay coincidencia sustancial en los tratamientos, creemos que constituye una sinrazón la duplicación normativa, la que además aparece desacompañadamente en distintos sectores del Código. Incluso si se trató de una pretendida reiteración de pautas, el resultado no se correspondió con aquello a lo que se aspiraba (11).

(10) ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Francisco J., ob. cit., t. I, §86, ps. 83-85.

(11) El art. 955 se hace cargo de la imposibilidad definitiva y el art. 956 de la imposibilidad temporaria, mientras que el art. 1732 no incluye esa matización temporal. En todas esas normas, la imposibilidad es objetiva y absoluta, y también sobreviniente, exigencia que se silencia en el art. 1732, pero que es de toda obviedad. Tampoco puede explicarse la inesperada aparición en el art. 1732 de la referencia a la buena fe y al ejercicio abusivo de los derechos, pues tanto uno como otro instituto, no solo son predicables al tratar la imposibilidad de cumplimiento, sino que hacen las veces de directrices con voca-

Ahora bien, desde el plano didáctico, la alternativa metodológica es abordar la imposibilidad de cumplimiento como mecanismo de extinción de obligaciones —tal como lo hace el Código—, o incorporarlo dentro del tratamiento del incumplimiento. Consideramos que es incorrecto regular la figura al tiempo de preceptuar la función resarcitoria de la responsabilidad civil —como también lo realiza el Código—, por una razón muy sencilla: solo juega de mediar incumplimiento de una obligación preexistente y no ante la infracción del deber genérico de no dañar.

Creemos que el lugar más adecuado para analizar la imposibilidad sobreviniente de incumplimiento es al tiempo de analizar la inejecución de la obligación, pues en todos los casos se asiste a un incumplimiento objetivo; sin embargo, no siempre produce la extinción de ella, ni tiene como consecuencia la responsabilidad del deudor (12).

### IV. Concepto

La imposibilidad que nos importa ahora es la que sobreviene al nacimiento de la obligación y, como hemos dicho, ella puede ser material o jurídica, según si el obstáculo insuperable se debe a que la prestación no es susceptible de ejecutarse por cuestiones conectadas con el plano físico —v.gr., la destrucción total de la cosa determinada que debía entregarse— o jurídico —por ejemplo, cuando por un hecho del príncipe el deudor no puede efectuar la tradición de lo que debía—, respectivamente (13).

ción expansiva (arg. arts. 9º, 10, 729, Cód. Civ. y Com.). Véase la opinión a la 1ª ed., 2015 de ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E., ob. cit., t. VIII, p. 188.

(12) ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Francisco J., ob. cit., t. I, §859, ps. 689-690.

(13) Pizarro y Vallespinos afirman: "Se acepta pacíficamente que también la imposibilidad moral grave puede tener incidencia liberatoria para el deudor, particularmente cuando por su entidad y gravedad pueda resultar vejatorio para la dignidad del deudor exigirle el cumplimiento de la prestación (v.gr., el concertista que debe brindar un recital el mismo día en que ha muerto un hijo suyo)". Véase PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Tratado de obligaciones", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2017, t. III, §1958, p. 83.

Hay imposibilidad de cumplimiento cuando la prestación adeudada no es susceptible de ser satisfecha, ya sea por la ocurrencia de un caso fortuito, o bien por causas atribuibles a alguna de las partes.

## V. Requisitos para que opere la imposibilidad de cumplimiento

### V.1. Exposición

La imposibilidad de cumplimiento debe reunir determinados requisitos para que quede conformada; debe ser: i) sobreviniente al nacimiento de la obligación; ii) objetiva y iii) absoluta. Según los casos, se requiere que sea definitiva o también se admite que revista el carácter de temporaria.

A continuación, nos ocuparemos de cada una de esas exigencias por separado.

### V.2. Análisis particularizado

#### V.2.a. Surviniente

El cumplimiento imposible debe sobrevinir a la existencia de la obligación, o sea que no puede ser contemporáneo a su nacimiento, sino que debe surgir temporalmente después de tal oportunidad. En otras palabras, cuando la obligación se engendró la prestación era susceptible de ser cumplida, pero *a posteriori* —por distintas razones— ello dejó de ser factible (arts. 955 y 956, Cód. Civ. y Com.). Adviértase que la imposibilidad originaria obsta al nacimiento de la obligación.

#### V.2.b. Objetiva

El impedimento debe referirse al objeto mismo de la obligación y no a las particularidades que pueden rodear al sujeto que debe cumplirla, es decir, al deudor (arts. 955, 956 y 1732, Cód. Civ. y Com.) (14).

(14) Betti, luego de objetar —en nuestra visión, sin acierto— la terminología de imposibilidad "absoluta", señala: "distinguiremos simplemente una imposibilidad objetiva, esto es, intrínseca a la naturaleza misma de la prestación, y por la que se pueda constituir un impedimento para la generalidad de los miembros de la comunidad, y una imposibilidad subjetiva, que depende de las condiciones particulares del obligado, por un impedi-

Hacemos nuestras las palabras de Boffi Boggero acerca de que la imposibilidad: "debe ser para todos y no solamente para el deudor. Pero en ciertas situaciones esa imposibilidad puede afectar al deudor exclusivamente —como, verbigracia, en las obligaciones *intuitu personae*—, y entonces estamos también ante una tan auténtica imposibilidad de cumplir como si ella fuese común a todos" (15).

#### V.2.c. Absoluta

El obstáculo debe ser invencible, irresistible para el deudor, ya que si el sujeto pasivo de la obligación pudiera cumplir —aunque con mayores dificultades que las que eran previsibles— y no lo hiciese, incurriría en responsabilidad por cuanto el valladar sería tan solo relativo (arts. 955, 956 y 1732, Cód. Civ. y Com.).

Hay prestaciones que, por su propia naturaleza, siempre conllevan incumplimientos relativos, como ocurre a las llamadas "de género". En esta clase obligacional, la directiva de que el género nunca perece importa que el deudor no pueda invocar el *casus* (art. 763, Cód. Civ. y Com.).

#### V.2.d. Definitiva o temporaria

La imposibilidad de cumplimiento desde la óptica de la perdurabilidad de la traba puede ser definitiva, cuando la prestación no retomará nunca más su calidad de cumplible, o temporaria, cuando la conducta debida inicialmente posible y posteriormente imposible, retomará la aptitud primitiva (arts. 955 y 956, Cód. Civ. y Com.).

Cuando la imposibilidad es definitiva, la discusión se acabó. Pero cuando es temporaria corresponde dilucidar si la duración del impedimento frustra el interés del acreedor en la prestación, o si no lo hace. V.gr., si la obligación era de plazo esencial, aunque luego de su vencimiento se retornara el escenario de la posibi-

mento inserto en su persona o en la esfera de su economía individual" (BETTI, ob. cit., t. I, p. 49).

(15) BOFFI BOGGERO, Luis M., "Tratado de las obligaciones", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973, t. IV, §1713, ps. 567-568.

lidad, tal prestación ya no sería del interés del acreedor (art. 956, Cód. Civ. y Com.).

Si la imposibilidad fuese temporaria, pero no frustratoria del interés del acreedor, la obligación mantendría su vida jurídica y solo generaría responsabilidad para el deudor si tal imposibilidad le fuera atribuible.

### V.3. Quid de la imposibilidad parcial

La imposibilidad puede recaer sobre todos los planos de la prestación debida, o bien manifestarse con relación a algunos de ellos.

Ante todo, la inexecución de la obligación puede categorizarse según el grado de la insatisfacción de la prestación debida en “total” o “parcial”, en consideración a si el deudor no ejecutó nada del plan prestacional o lo hizo tan solo en alguno de sus aspectos. V.gr., si una persona tiene que entregarle una cantidad de cosas ciertas a otra en un plazo expresamente determinado, incumplirá totalmente si nada le entrega en esa oportunidad; en cambio, el incumplimiento será parcial si, por ejemplo, le entrega tan solo una fracción de lo debido.

El Cód. Civ. y Com., en los artículos en donde regula la imposibilidad de cumplimiento con vocación de generalidad, no se ocupa de los efectos de uno y otro impedimento.

El Proyecto de 1998 establecía en dos normas el catálogo de opciones del acreedor ante una imposibilidad total o parcial por causa atribuible al deudor. El art. 893 preveía: “Imposibilidad total. Si la imposibilidad es total por causa que compromete la responsabilidad del deudor, el acreedor tiene derecho a optar entre: a) Reclamar el valor del bien debido. b) Reclamar un bien equivalente, si el debido es fungible”; y el art. 894: “Imposibilidad parcial. Si la imposibilidad es parcial por causa que compromete la responsabilidad del deudor, el acreedor tiene derecho a optar entre a) Reclamar el cumplimiento de la prestación, en la parte en que es posible. b) Reclamar el valor del bien debido. c) Reclamar un bien equivalente, si el debido es fungible”.

La idea de la imposibilidad parcial en el Cód. Civ. y Com., con alcances similares a los descrip-

tos por el Proyecto de 1998, aparece en diversos preceptos; así, en el art. 2455: “Perecimiento de lo donado. Si el bien donado perece por culpa del donatario, este debe su valor. Si perece sin su culpa, el valor de lo donado no se computa para el cálculo de la porción legítima. Si perece parcialmente por su culpa, debe la diferencia de valor; y si perece parcialmente sin su culpa, se computa el valor subsistente”.

Creemos que las reglas antedichas pueden generalizarse (16).

## VI. Efectos

### VI.1. Planteamiento

Los efectos de la imposibilidad de cumplimiento son disímiles según ella responda a un caso fortuito o sea atribuible a una de las partes de la obligación (17). Por esta razón, los abordaremos con ese enfoque conceptual.

### VI.2. Imposibilidad por caso fortuito

La imposibilidad de cumplir del deudor puede provenir de un “hecho que no ha podido

---

(16) Pizarro y Vallespinos aprecian: “Cuando la imposibilidad no es total y solo afecta el cumplimiento de una parte de la prestación adeudada se genera una opción a favor del acreedor de elegir tal cumplimiento, con disminución proporcional del precio, o disolver la obligación. A tales fines, habrá que ponderar muy detenidamente si la prestación es divisible o indivisible” (PIZARRO – VALLESPINOS, ob. cit., t. III, §1973, p. 97).

(17) Para Compagnucci de Caso, el art. 955 del Cód. Civ. y Com. “viene a dirimir la disputa entre las dos posturas que debatían en torno a la naturaleza del instituto de la imposibilidad sobrevenida como hipótesis de incumplimiento objetivo definitivo. De un lado, estaba aquella que sostuvo que la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la prestación, no imputable al deudor, actúa solo como un modo de extinción obligacional (...) y, de otro, aquella que pone el énfasis en el aspecto dinámico de la relación, para el cual la imposibilidad sobrevenida configura un supuesto del incumplimiento objetivo obligacional que puede o no ser imputable al deudor, arrojando consecuencias distintas en uno y otro supuesto. Cuando es imputable al deudor, la obligación transforma su objeto en el de pagar daños y perjuicios; cuando no lo es, se extingue, provocando la consiguiente liberación de las partes. Esta última tesis parece ser la asumida por el Código” (COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., en ALTERINI, Jorge H. [dir. gral.] – ALTERINI, Ignacio E. [coord.], ob. cit., t. IV, ps. 800-801).

ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado" (art. 1730, Cód. Civ. y Com.). En principio, si el cumplimiento imposible se debe a un caso fortuito, el deudor no será responsable por la inexecución de la obligación (arts. 955 y 1732, Cód. Civ. y Com.).

Empero, en ocasiones, y a pesar de la imposibilidad, el deudor será igualmente responsable: "a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que esta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito" (art. 1733, Cód. Civ. y Com.).

En realidad, no todos los supuestos constituyen excepciones a la regla de la irresponsabilidad por *casus*, ya que varios de los supuestos mencionados disparan el deber de responder por causas que le son atribuibles al deudor: así, la mora *debitoris* —inc. c)—; la culpa del deudor —inc. d) (18)—; el "riesgo de la cosa o la actividad" —inc. e)—; la restitución derivada de un ilícito como el previsto en el art. 1936 —inc. f)—.

### VI.3. Imposibilidad atribuible al deudor

Si media una causa atribuible al deudor en virtud de la cual sobreviene la imposibilidad objetiva y absoluta, definitiva o temporaria, la obligación no se extingue, sino que tan solo

(18) Que la culpa del deudor desate el caso fortuito y responda por él quien procedió culposamente es significativo, pero implica nada más que una secuencia del obrar culpable, por lo cual las consecuencias fortuitas son imputables al obligado sin violentar el módulo de la relación causal adecuada. Bien dice Llambías: "No se trata, en verdad, sino de una excepción impropia al principio de irresponsabilidad por caso fortuito. Porque si el hecho que se alega como eximente, proviene de la culpa del deudor, no es un caso fortuito, puesto que este, por definición, ha de ser un hecho ajeno al obligado" (LLAMBIAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1983, 4ª ed., t. I, §212, p. 254).

modifica la prestación integrativa de su objeto. Ya no será la programada al tiempo de su nacimiento, sino que consistirá "en la de pagar una indemnización de los daños causados" (19) (art. 955, Cód. Civ. y Com.).

Prevenimos que sería inconveniente que el lector interprete la norma tal como lo hacía Machado con relación al art. 889 del Cód. Civil derogado: "Cuando la obligación se hace imposible por culpa del deudor, se resuelve en daños y perjuicios, lo que en realidad no es una causa de extinción como el pago, sino de transformación de la obligación, como la novación" (20).

La novación importa la extinción de la obligación primitiva. Ante aquella imposibilidad no hay feneamiento, sino que —como lo afirmó Rezzónico— "la obligación no se extingue: perdura, si bien cambiándose la naturaleza de la prestación" (21).

### VI.4. ¿Imposibilidad atribuible al acreedor?

Aunque el Cód. Civ. y Com. no regula esta alternativa con carácter general (22), si el acreedor es quien provoca la imposibilidad de cumplimiento, o bien esta sobreviene a su mora, es evidente que la obligación se extinguirá si el impedimento

(19) El art. 955 del Cód. Civ. y Com. alude a que en ese supuesto la obligación se "convierte en la de pagar una indemnización por los daños causados". Enfatizamos en que la mentada conversión "no implica el nacimiento de una nueva obligación, sino que subsiste la obligación primitiva, que solo sufre una mutación en su objeto, el que va a ser sustituido por el valor de los daños sufridos por el acreedor como consecuencia del incumplimiento" (CALVO COSTA, Carlos A., "Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia", LA LEY, 2020-B, 1038 - RCyS 2020-V, 3).

(20) MACHADO, José O., "Exposición y comentario del Código Civil argentino", Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1899, t. III, §271, p. 108.

(21) REZZÓNICO, ob. cit., p. 537. Desde el derecho italiano y con singular expresión lingüística, Barbero explica: "si el 'no poder' de hoy depende de una causa imputable al deudor (periclitamiento del objeto debido a su negligencia, agotamiento del género en pendencia de la *mora debendi*, etc.), a la obligación originaria subentra la deuda subsidiaria del resarcimiento de los daños" (BARBERO, Domenico, "Sistema del derecho privado", Ed. EJEJA, Buenos Aires, 1967, trad. de la 6ª ed. italiana, 1962, t. III, §724, p. 323).

(22) Sí se ocupa de directivas particulares; por ejemplo, las relativas a las obligaciones alternativas.

es absoluto y objetivo; y, naturalmente, el acreedor será pasible de responsabilidad por su proceder si generara un daño al deudor.

## VII. Comparación de la imposibilidad de cumplimiento con la frustración de la finalidad

Acaso, la diferencia más nítida entre esos institutos esté dada porque mientras la imposibilidad se vincula con el objeto de la obligación, es decir la prestación, en la frustración está en juego la finalidad de la fuente de la obligación.

En la frustración de la finalidad del contrato no existe una imposibilidad de cumplir con la obligación que deriva de él, sino que se asiste a ella cuando ese acto jurídico perdió la razón de ser que exhibía al tiempo de su celebración.

En el plano de las consecuencias, la frustración de la finalidad —cuando “tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada” — habilita la resolución del contrato y con ella la extinción de la obligación, pero tal resolución hay que actuarla, o sea que no opera por el mero efecto de la ley (art. 1090, Cód. Civ. y Com.). En cambio, la imposibilidad de cumplimiento cuando se funda en un caso fortuito funciona automáticamente como mecanismo extintivo obligacional.

La presentación inicial acerca de que la imposibilidad refiere al “objeto” de la obligación mientras que la frustración alude a la “finalidad” de la fuente de la obligación, se difuma en la llamada imposibilidad de cumplimiento temporaria. Esto es así debido a que, a pesar de que el impedimento de cumplir no es definitivo, ella dispara sus efectos propios por la falta del interés del acreedor en el cumplimiento tardío, lo que nos conecta con la teleología impregnada en la fuente de la obligación.

## VIII. Análisis casuístico

### VIII.1. Según la naturaleza de la prestación

#### VIII.1.a. Obligaciones de dar cosas ciertas

El art. 755 del Cód. Civ. y Com., en el ámbito de la obligación de dar cosa cierta para transmitir

derechos reales, preceptúa que el titular soporta los riesgos de la cosa y “los casos de deterioro o pérdida, con o sin culpa, se rigen por lo dispuesto sobre la imposibilidad de cumplimiento”.

El sistema es simple. Cuando la imposibilidad de cumplir del deudor es producida por caso fortuito, se extingue la obligación de efectuar la tradición de la cosa sin responsabilidad. En cambio, si la imposibilidad sobreviene debido a causas que le son imputables al deudor, “la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados” (art. 955, Cód. Civ. y Com.).

En la obligación de dar cosa cierta para restituirla a quien tenga derecho a reclamarla, el asunto de los riesgos está gobernado por la buena o mala fe del deudor en la relación real con la cosa. Si fuera de buena fe, no responde por los riesgos (“destrucción total o parcial”) de la cosa, sino hasta la concurrencia del provecho subsistente (23). En cambio, si fuera de mala fe responde por los riesgos, salvo que igualmente se hubieran producido en caso de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución (art. 1936, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.).

#### VIII.1.b. Obligaciones de género

De acuerdo con el art. 763 del Cód. Civ. y Com., “[a]ntes de la individualización de la cosa debida, el caso fortuito no libera al deudor. Después de hecha la elección, se aplican las reglas sobre la obligación de dar cosas ciertas”.

La exclusión de la alternativa de invocar la imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito con anterioridad a la individualización de la cosa se funda en la regla según la cual “el género no perece” —*genus nunquam perit*—. Por ello, la prestación debida —en principio— es susceptible de ser cumplida por el deudor. Decimos “en principio”, porque puede suceder que el género deje de producirse —si se debe al hecho del hombre— o deje de existir —si proviene de la naturaleza—.

(23) Si una casa se destruyera, el titular de relación —por ejemplo, un poseedor— no responderá siempre que fuera de buena fe. Sin perjuicio de ello, es absolutamente lógico que el poseedor no pueda enriquecerse, v.gr., con la venta de los materiales y si así lo hiciera debería restituir a quien tenga derecho el valor obtenido con ellos.

Una vez que la individualización se realiza, la cosa deja de ser incierta para convertirse en cierta; deja de estar indeterminada, para devenir en determinada. La cuestión, entonces, quedará regida por las reglas vertidas para las obligaciones de dar cosas ciertas.

Con relación a las obligaciones de género limitado, se le aplican las normas de las obligaciones alternativas (art. 785, Cód. Civ. y Com.). Dicho envío legislativo es de toda lógica, puesto que en este ámbito no puede regir con toda la energía la regla de que el género nunca perece. El art. 893 del Cód. Civil derogado establecía: “Cuando la obligación tenga por objeto la entrega de una cosa incierta, determinada entre un número de cosas ciertas de la misma especie, queda extinguida si se perdiesen todas las cosas comprendidas en ella por un caso fortuito o de fuerza mayor”. El inc. d) del art. 782 del Cód. Civ. y Com. conduce a la misma solución, al reglar que “si todas las prestaciones resultan imposibles por causas ajenas a la responsabilidad de las partes, la obligación se extingue”.

VIII.1.c. Obligaciones de transmitir o poner a disposición objetos distintos a las cosas

El art. 764 del Cód. Civ. y Com. establece: “Aplicación de normas. Las normas de los párrafos 1º, 2º, 3º y 4º de esta Sección se aplican, en lo pertinente, a los casos en que la prestación debida consiste en transmitir, o poner a disposición del acreedor, un bien que no es cosa”.

En lo que nos importa ahora, la cuestión versará sobre el grado de determinación del “bien que no es cosa”. Si solo estuviese determinado por su especie y calidad, se aplicarán las directivas de las obligaciones de género; en cambio, si el objeto estuviere perfectamente determinado, regirán las pautas previstas para las obligaciones de dar cosas ciertas.

VIII.1.d. Obligaciones de dar dinero

El deudor de una obligación dineraria no puede, en principio, aducir una imposibilidad de cumplir con la prestación adeudada, ya que el dinero en cuanto cosa siempre estará disponible para satisfacer la obligación. No es factible, entonces, la invocación de una imposibilidad con rasgos objetivos, y la imposibilidad subjetiva

—es decir, para el deudor respectivo— no es impedimento bastante.

De allí que la cuestión queda regida por la regla “el género no perece”. Claro está que, si se trata de dinero marcado, o sea de una cosa cierta por estar determinada desde el inicio de la obligación, las directivas aplicables serán las aportadas para las obligaciones de dar cosas ciertas.

VIII.1.e. Obligaciones de valor

Una vez que la obligación de valor es cuantificada en dinero, se le aplican las normas de las obligaciones de dar dinero (art. 772, Cód. Civ. y Com.). Por ello, el deudor de una obligación de valor no puede, en principio, aducir exitosamente la imposibilidad de cumplir.

Sin embargo, esa conclusión puede mostrar matices con anterioridad a la cuantificación de la deuda de valor, pues pueden presentarse situaciones en las que en el “momento en que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda” no sea posible llevar adelante esa tarea, aunque sea temporalmente.

VIII.1.f. Obligaciones de hacer y de no hacer

El terreno de las obligaciones de hacer y de no hacer es propicio para la invocación de la imposibilidad de cumplimiento. Esto se ve con claridad en las clásicamente llamadas obligaciones *intuitu personae*. Si la actividad que el deudor debe realizar (obligación de hacer) o la actividad que debe abstenerse a efectuar o tolerar que se concrete (obligación de no hacer) es indelegable, la posibilidad de aducir el cumplimiento imposible es mayor.

No es que prediquemos que la imposibilidad de cumplimiento se configure aun cuando sea subjetiva, en el sentido de los impedimentos que pueda atravesar la persona del deudor, sino que ante casos en los casos en los que la actividad es indelegable la prestación no es objetivable.

VIII.2. De acuerdo con la composición plural subjetiva

VIII.2.a. Obligaciones mancomunadas simples

El art. 826 del Cód. Civ. y Com. prevé: “Efectos. Los efectos de la obligación simplemente man-

comunada se rigen por lo dispuesto en la Sección 6ª de este Capítulo, según que su objeto sea divisible o indivisible”.

En nuestra visión, la cuestión no varía cuando la imposibilidad es por caso fortuito, pues de ser así la obligación se extinguirá, sin responsabilidad para los deudores simplemente mancomunados.

La temática adquiere perfiles singulares cuando la imposibilidad es por causa atribuible a uno de los deudores. Creemos que, si la mancomunación simple es con relación a un objeto divisible, en principio no se podrá comprometer la responsabilidad de los restantes; en cambio, si el objeto fuese indivisible, ello no sería así y jugaría la propagación de efectos.

#### VIII.2.b. Obligaciones mancomunadas solidarias

El primer párrafo del art. 831 del Cód. Civ. y Com. regla: “Cada uno de los deudores puede oponer al acreedor las defensas comunes a todos ellos”. Entre esas defensas, debe entenderse comprendida la imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito.

Cuando la imposibilidad de cumplimiento es por causa atribuible a uno de los deudores —según el art. 838 del Cód. Civ. y Com.— ella propaga sus consecuencias y “los demás responden por el equivalente de la prestación debida y la indemnización de daños y perjuicios”. La norma hubiera ganado en claridad si en vez de referir a “los demás responden”, hubiese aludido a que los demás también responden, pues es obvio que el deudor que provocó la imposibilidad igualmente quedará constreñido a satisfacer la manda legal.

De mediar imposibilidad sobrevenida la obligación variará su objeto (art. 955, Cód. Civ. y Com.), pero no la naturaleza del vínculo que subsistirá como obligación mancomunada solidaria.

#### VIII.3. Respecto de la composición plural objetiva

##### VIII.3.a. Obligaciones alternativas

La temática de la imposibilidad de cumplimiento en las obligaciones alternativas debe

ser ponderada en función del legitimado a elegir entre las distintas prestaciones plurales. Cuando la elección importa una facultad del deudor, la obligación alternativa es regular; en cambio, cuando es el acreedor quien debe hacerlo, la obligación alternativa es irregular. A continuación, trazaremos las pautas centrales.

##### VIII.3.a.i. Obligaciones alternativas regulares (art. 781, Cód. Civ. y Com.)

La alternatividad como mecanismo de dilución del riesgo prestacional determina que, si una prestación de las varias consignadas en la obligación devino de cumplimiento imposible por causa ajena a las partes o atribuible al deudor, la obligación se concentra en la restante. En cambio, si la imposibilidad sobreviene por causas atribuibles al acreedor, el deudor tiene derecho a optar entre dar por cumplida su obligación, o cumplir la prestación que todavía es posible y reclamar al acreedor el valor de la otra (inc. a]).

Ante una imposibilidad de cumplimiento de todas las prestaciones, pero engendrada de manera sucesiva, la obligación se concentra en la última que devino de imposible cumplimiento, excepto si la imposibilidad de alguna de ellas obedece a causas que comprometen la responsabilidad del acreedor; en este caso, el deudor tiene derecho a elegir con cuál queda liberado —inc. b)—. Si la imposibilidad sucesiva es imputable al deudor, este deberá cumplir con la satisfacción del valor de la última prestación que no fuese factible de cumplimiento. Pero si alguna de ellas fuese de imposible cumplimiento por causa del acreedor, el deudor tiene derecho de optar con cuál de los valores prestacionales se liberará.

Cuando la imposibilidad de cumplimiento de todas las prestaciones es por causa del deudor y acontece de manera simultánea, se libera del débito “entregando el valor de cualquiera”, a su elección. En cambio, si la imposibilidad es por causas atribuibles a la responsabilidad del acreedor, el deudor tiene derecho a dar por cumplida su obligación con una y reclamarle el valor de la otra —inc. c)—.

Si la imposibilidad de cumplimiento de todas las prestaciones por causas ajenas a las partes, la obligación se extingue —inc. d) —.

VIII.3.a.ii. Obligaciones alternativas irregulares (art. 782, Cód. Civ. y Com.)

Si una prestación de las integrantes de la obligación alternativa deviene de imposible cumplimiento por causas ajenas a las partes o atribuibles al acreedor, el legislador envía a que “la obligación se concentra en la restante”, o sea en la conducta que todavía es de posible cumplimiento. Ahora bien, “si la imposibilidad proviene de causas atribuibles a la responsabilidad del deudor, el acreedor tiene derecho a optar entre reclamar la prestación que es posible, o el valor de la que resulta imposible” —inc. a) —.

Si la imposibilidad compromete a todas las prestaciones, pero los obstáculos surgen de manera sucesiva, “la obligación se concentra en la última, excepto que la imposibilidad de la primera obedezca a causas que comprometan la responsabilidad del deudor; en este caso el acreedor tiene derecho a reclamar el valor de cualquiera de las prestaciones” —inc. b) (24) —.

Si el cumplimiento imposible de todas las prestaciones se dispara de manera simultánea por un actuar reprochable del acreedor, este último tiene derecho a elegir con cuál de ellas queda satisfecho, y debe al deudor el valor de la otra. Si lo son por causas atribuibles a la responsabilidad del deudor, el acreedor tiene derecho a elegir con el valor de cuál de ellas queda satisfecho —inc. c) —.

El último inciso del art. 782 del Cód. Civ. y Com. prevé que “si todas las prestaciones resultan imposibles por causas ajenas a la responsabilidad de las partes, la obligación se extingue”.

### VIII.3.b. Obligaciones facultativas

En la obligación facultativas la imposibilidad de cumplimiento solo es gravitante respecto de

(24) A pesar del silencio del legislador, la primera directiva del inc. b) del art. 782 supone que la imposibilidad sea atribuible al acreedor, pues luego se ocupa expresamente del supuesto en que la imposibilidad sea atribuible al deudor y el inc. d) se ocupa del supuesto en el cual la imposibilidad total es por causas ajenas a las partes.

la prestación principal, sin que resulte relevante lo que pueda acontecer con relación a la prestación accesoria. Ello surge del art. 787 del Cód. Civ. y Com.: “Extinción. La obligación facultativa se extingue si la prestación principal resulta imposible, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder”.

La imposibilidad de cumplimiento de la prestación principal, en rigor, solo provocará el fenecimiento de la obligación facultativa si tal imposibilidad se debe a la ocurrencia de un *casus*, pues si se llegara a tal estado con motivo de la actuación reprochable al deudor a prestación principal se mantendrá, pero variará la conducta debida; desde entonces consistirá en el pago de los daños causados (art. 955, Cód. Civ. y Com.).

### VIII.4. En función de la coligación entre distintas obligaciones

#### VIII.4.a. Obligaciones principales y accesorias

La imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito de la obligación principal provocará su extinción y también de la obligación accesoria, pero el cumplimiento imposible por causas extrañas de esta última no acarreará el fenecimiento de aquella. Ello es así porque la extinción del derecho principal se propaga al derecho accesorio, pero no acontece a la inversa (arts. 856 y 857, Cód. Civ. y Com.).

Concentrémonos ahora en una hipótesis de obligaciones principales y accesorias de singular transcendencia: la obligación garantizada con cláusula penal.

La regla es que la imposibilidad de cumplimiento de la obligación principal asegurada no atribuible a ninguna de las partes extingue obligación accesoria de la cláusula penal (arts. 792 y 802, Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, ello es así siempre que la imposibilidad sobrevinida no se haya gestado al impulso de un hecho atribuible al deudor, pues cuando esto último ocurre el deudor no queda liberado. La obligación principal garantizada con cláusula penal perdurará y su objeto quedará integrado una obligación de valor consistente

en pagar los daños causados (art. 955, Cód. Civ. y Com.).

Desde otra mirada, si la imposibilidad de cumplimiento versa sobre la obligación accesoria originada por la cláusula penal y tal imposibilidad se debe a causas ajenas a las partes, la obligación accesoria se extinguirá sin responsabilidad. Pero si medió causa atribuible a las partes, ello no puede ser así. Pensemos en el supuesto en el que la imposibilidad sobrevino por causa del deudor. Es evidente que no quedará liberado y que nacerá a favor del acreedor la facultad de optar entre reclamar la indemnización de la obligación principal incumplida o el valor de la cláusula penal que ya no puede cumplirse (25).

#### VIII.4.b. Obligaciones concurrentes

*Mutatis mutandis*, rigen a su respecto las pautas señaladas para las obligaciones mancomunadas solidarias (arg. art. 852, Cód. Civ. y Com.), a donde remitimos al lector.

### IX. Reflexiones conclusivas

A título de síntesis de los análisis efectuados en este trabajo, aportamos las siguientes reflexiones conclusivas.

1. El deudor incumple cuando existe un desajuste entre la conducta proyectada y la efectivamente concretada.

2. Para que el incumplimiento sea imputable al deudor, es menester: a) que el deudor despliegue una conducta objetivamente discordante con la proyectada en el débito obligacional; b) que pueda endilgársele autoría; y c) que medie un factor de atribución subjetivo u objetivo, según los casos.

3. Si el incumplimiento deriva en que al acreedor ya no le interese que el deudor cumpla con la prestación debida, se califica de absoluto; en

tanto que, si el interés del acreedor en el desarrollo de la conducta prestacional persiste, el incumplimiento se denomina como relativo. La imposibilidad sobreviniente se encuadra dentro de los incumplimientos absolutos.

4. La prestación debe ser susceptible de cumplimiento por el deudor, pues de otra manera mediaría imposibilidad, ya originaria —si tal defecto estuviera patente en la oportunidad de su constitución—, ya sobreviniente —si aconteciera *a posteriori*—.

5. El momento más adecuado para analizar la imposibilidad sobreviniente de incumplimiento es al tiempo de ponderar la inejecución de la obligación, pues en todos los casos se asiste a un incumplimiento objetivo; sin embargo, no siempre produce la extinción de ella, ni tiene como consecuencia la responsabilidad del deudor.

6. Hay imposibilidad sobreviniente de cumplimiento cuando la prestación adeudada no es susceptible de ser satisfecha, ya sea por la ocurrencia de un caso fortuito, o bien por causas atribuibles a alguna de las partes.

7. La imposibilidad de cumplimiento debe reunir determinados requisitos para que quede conformada; debe ser: i) sobreviniente al nacimiento de la obligación; ii) objetiva y iii) absoluta. Según los casos, se requiere que sea definitiva o también se admite que revista el carácter de temporaria.

8. Si la imposibilidad es determinada por caso fortuito, la obligación se extingue sin responsabilidad para los sujetos vinculados. En contraste, cuando la imposibilidad es atribuible al deudor, la obligación mutará su objeto originario por el derivado de la prestación de indemnizar los daños causados; si el acreedor es quien la provoca, o bien la imposibilidad sobreviene a su mora, es evidente que la obligación se extinguirá si el impedimento es absoluto y objetivo; y, naturalmente, el acreedor será pasible de responsabilidad por su proceder si generara un daño al deudor.

---

(25) Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La cláusula penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, §222, p. 317.

# Renegociación del acuerdo concursal homologado

Santiago Cappagli (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. El propósito de este trabajo.— III. Efectos del acuerdo homologado.— IV. Aproximación al tema desde la óptica del derecho comparado, los proyectos de ley y la ley de emergencia.— V. Ortodoxia concursal: homologación e impacto de la cosa juzgada.— VI. Propuesta del autor.— VII. Conclusiones.

## I. Introducción

La experiencia de atravesar la pandemia del COVID-19 dejó en evidencia que el derecho concursal se perfila como la terapia intensiva y de emergencia del derecho patrimonial y que los abogados, síndicos concursales, funcionarios judiciales y jueces estamos obligados a tomar decisiones en tiempo real (1), en la búsqueda de soluciones excepcionales y creativas en un marco de por sí ya excepcional —como lo es una empresa en concurso preventivo—, pero potenciado por los efectos de la pandemia, cuyo impacto en las relaciones económicas, en muchos casos, aún se mantiene pese a que aquella se encuentra controlada a nivel mundial.

En el año 2020, en el peor momento de la pandemia en la Argentina, se presentaron 14 proyectos legislativos para reformar la ley 24.522 (LCQ). Con sus matices, la mayoría de los proyectos contenían modificaciones dirigidas a posponer el vencimiento del período de exclusividad de los concursos que estaban en esa etapa, a diferir los vencimientos de las cuotas

concordatarias por meses o incluso por más de un año, entre otros aspectos.

Sin embargo, ninguno de esos proyectos de ley prosperó y, por tanto, la LCQ no fue modificada. Pese a ello, lo cierto es que la reforma está ocurriendo —de hecho— en la práctica concursal. La realidad se impuso y —en palabras de Frick— “modificó la práctica de la práctica concursal” (2).

Así, por dar algunos ejemplos, se ha alterado el mecanismo para presentar solicitudes de apertura de concurso preventivo (3), la modalidad para que los acreedores insinúen sus créditos ante la sindicatura (4), el modo de practicar

(2) *Ibidem*. Con la misma orientación se ha expedido Jorge Sicoli en la conferencia del 08/06/2021 organizada por la Universidad Católica de La Plata y las vicepresidencias de los Fueros Civil y Comercial y de Familia de la AMaFuLaM, coordinada por Nadia Genzelis, titulada "Cuestiones de derecho concursal. Nuevos desafíos".

(3) Con una modalidad totalmente digital y sin siquiera requerir al peticionario que acompañe al juzgado del concurso documentación original porque se la considera como tal sujeta a la declaración jurada del letrado patrocinante. Esa es, al menos, la práctica que lleva adelante el Juzg. Nac. Com. N° 3.

(4) Art. 32, LCQ. Ver, por ejemplo, TRUFFAT, D. – SORIA, F., "Verificación digital", ED, 2020, ED-CMXXXVI-529, y la propuesta elaborada por la Comisión de Actuación Profesional en Procesos Concursales del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires, disponible en [https://consejo.org.ar/storage/attachments/Verific\\_NoPresenciales.pdf-UWT-WU5Bn55.pdf](https://consejo.org.ar/storage/attachments/Verific_NoPresenciales.pdf-UWT-WU5Bn55.pdf) (consultado el 25/06/2022).

(\*) Abogado (UCA); secretario del Juzg. Nac. Com. N° 3; jefe de trabajos prácticos (por concurso) de Sociedades (Fac. de Derecho, UBA); maestría en Derecho Civil (tesis pendiente) y diplomado en Derecho Constitucional Profundizado (2019-2020), ambos por la Universidad Austral. Agradezco la colaboración de Facundo D'Espósito.

(1) Tomo las ideas expuestas por Pablo Frick en su excelente conferencia brindada el 20/05/2021 en el Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Isidro.

subastas judiciales (5) (aunque actualmente se retornó a la modalidad tradicional), o de celebrar las audiencias informativas (6), el modo de acreditar las conformidades de los acreedores a la propuesta (7) y un largo etcétera.

Muchas de estas nuevas prácticas, que alivian y simplifican las tareas de los operadores jurídicos, llegaron para quedarse.

Más allá de aquellas cuestiones prácticas u operativas, lo cierto es que, con motivo de la pandemia y la crisis económica que atraviesa la Argentina, han cobrado particular actualidad cuestiones tales como el reperfilamiento de la denominada tercera vía en el sentido de que —en el contexto actual— pareciera cobrar mayor protagonismo ese recurso pretoriano para aquellos concursados cuya causa generadora de la cesación de pagos tuvo su origen por la pandemia (8) (como pueden ser la industria gastronómica o turística), el sobreendeudamiento de consumidores (9), las solicitudes de ampliación del período de exclusividad (10), el llamado

---

(5) Ver, por ejemplo, la decisión de la jueza Valeria Pérez Casado, titular del Juzg. Nac. Com. N° 18, 30/06/2020, "Agco Capital Argentina SA c. Paolini, Daniel O. y otro s/ ejecución prendaria", expte. 19.471/2019, disponible en <http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam> (último acceso 25/06/2022) o las propuestas que ofrecen las empresas NarvaezBid o Plaza Ganadera.

(6) Art. 45, antepenúltimo párrafo, LCQ. En la práctica, las audiencias se celebran de manera híbrida combinando la asistencia por videollamada y presencial, de modo que los acreedores puedan elegir qué modalidad utilizar.

(7) Art. 45, LCQ.

(8) El 02/06/2021, el profesor Francisco Junyent Bas abordó, en parte, esta temática en la jornada extraordinaria titulada "Propuesta concordataria. Test de abusividad ¿y la pandemia?" llevada a cabo por el Colegio de Abogados de San Isidro.

(9) Aunque es anterior a la pandemia, puede verse: BOQUÍN, G., "El concurso del consumidor", *Estudios de Derecho Empresario*. Y en contexto de pandemia la tesis doctoral de Nicolás Di Lella defendida el 28/10/2021 en la UCA.

(10) Ver, en ese sentido, mi exposición "Ampliación del período de exclusividad en el contexto de la pandemia", panel con Eduardo Favier Dubois y M. Guadalupe Vázquez del 22/08/2021 en el marco de las Jornadas Anuales de Actualización del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la CABA disponible en [https://consejo.org.ar/noticias/2021/ciclos-2021-oferta-acade-](https://consejo.org.ar/noticias/2021/ciclos-2021-oferta-acade)

concurso del concurso o la posibilidad de renegociar un acuerdo concursal homologado (11) y un largo (y en permanente desarrollo) etcétera.

## II. El propósito de este trabajo

De todos los nuevos desafíos jurídicos que surgieron o se reeditaron con motivo de los efectos económicos que generó (y aún lo sigue haciendo) la pandemia y la crisis económica de la Argentina, y en línea con el temario propuesto para la Comisión N° 2 de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (12), propongo compartir algunas reflexiones en torno de un tema de actualidad: ¿es posible renegociar el contenido prestacional de un acuerdo preventivo homologado judicialmente que se encuentra en etapa de cumplimiento?

La temática tiene particular protagonismo a tal punto que, de acuerdo con los registros de uso interno de la Secretaría N° 6 del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 3, de los nueve concursos preventivos que se encuentran con propuesta de acuerdo homologada y en pleno período de cumplimiento, en cuatro se han planteado judicialmente peticiones enderezadas a obtener una resolución que admita su modificación.

La elección del tema obedece, entonces, no solo a su actualidad y utilidad para el asesor legal, litigante o funcionario judicial sino también al hecho de que —como se verá a continuación— al no existir una norma positiva vigente que autorice esta posibilidad, se han generado posiciones encontradas en la doctrina.

---

mica-info-inscripcion. Puede verse, también, CAPPAGLI, S., "Ampliación del período de exclusividad del concurso preventivo en el marco de la pandemia", *ELDial DC2E9C*, 01/09/2021.

(11) Ver, en ese sentido, las jornadas llevadas a cabo el 23/09/2020 por el Departamento de Derecho Económico Empresarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que dirige el profesor Héctor Osvaldo Chomer, titulada "La experiencia de los magistrados concursales a partir de la crisis pandémica" en el que se abordó esta temática.

(12) Comisión que tratará el tema "Obligaciones: cumplimiento e incumplimiento de la obligación por frustración del fin e imposibilidad de cumplimiento". Para ver más información: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/programa/comisiones>, último acceso 25/06/2022.

### III. Efectos del acuerdo homologado

#### III.1. Novación judicial objetiva

##### III.1.a. Introducción

La homologación judicial del acuerdo preventivo resulta ser un requisito esencial para la viabilidad del concordato aceptado por la doble mayoría legal de acreedores quirografarios **(13)**.

Dicha resolución eleva a la autoridad de cosa juzgada lo convenido por el deudor y sus acreedores en el convenio, el que deberá ser cumplido por el primero, so pena de habilitar a los segundos a ejecutar las prestaciones respectivas o a pedir su quiebra.

Los efectos del acuerdo preventivo homologado se encuentran regulados por los arts. 55 a 59 de la LCQ, reformada, parcialmente, por las leyes 25.563 y 25.589 en lo que hace al tema en estudio **(14)**.

En este escenario, el ordenamiento concursal vigente comienza tratando uno de los principales efectos del acuerdo homologado, cual es la llamada novación concursal.

Así el art. 55 de la LCQ prevé que “[e]n todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios”.

##### III.1.b. Acerca de la novación en materia concursal

La reforma de la ley 24.522 en el año 1995, estableció en su art. 55 —como novedad legislativa carente de antecedentes en el derecho concursal argentino— el efecto novatorio legal y objetivo de las obligaciones por causa o título anterior a la presentación concursal alcanzadas

(13) En este capítulo, por su claridad y actualidad, sigo casi textualmente a DI LELLA, N., “Régimen concursal preventivo”, Ed. Advocatus, Tucumán, 2020, t. II, ps. 270 y ss.

(14) La secc. III del cap. V, “Impugnación, homologación, cumplimiento y nulidad del acuerdo”, del tít. II “Concurso preventivo” de la LCQ regula la cuestión vinculada a los efectos que produce la sentencia de homologación del acuerdo arribado entre el deudor y sus acreedores en un concurso preventivo.

por el acuerdo preventivo como uno de los efectos principales de su homologación.

Esto importó un cambio radical en el régimen falencial, ya que la normativa concursal anterior no concedía efecto novatorio a la homologación del acuerdo, razón por la cual la quiebra del deudor dejaba sin efecto las estipulaciones del acuerdo y si los créditos habían sufrido quita, esta no se tenía en cuenta a los efectos de la participación del acreedor en la falencia.

De acuerdo con el régimen jurídico vigente, este efecto se propagará solo respecto de las obligaciones que se vean alcanzadas por acuerdo homologado, por lo que no se verían afectados los créditos privilegiados siempre y cuando no se hubiera formulado propuesta a ellos.

En este sentido, la homologación del acuerdo produce la novación de las obligaciones por él contempladas, quedando transformada la deuda originaria por una nueva nacida concordataria.

El acuerdo preventivo sirve de causa fuente de la nueva obligación y determina la calidad de la prestación (normalmente de dar), el objeto (la moneda nacional o extranjera), su magnitud (la cantidad debida) y las modalidades (plazo).

La novación concursal adquiere tal relevancia cuando se declara la quiebra indirecta por incumplimiento del acuerdo homologado por parte del deudor.

En ese caso, y como bien destaca Di Lella, “las mencionadas obligaciones del deudor se consideran irresistiblemente —puesto que comprenden a todos los créditos de causa o título anterior a la presentación concursal alcanzados por la propuesta homologada con independencia de su conformidad o participación en la etapa de negociación— e irremediabilmente —puesto permanece vigente aun en caso de incumplimiento del acuerdo— reemplazadas por las prestaciones concordatarias respectivas” **(15)**.

Este efecto opera *ipso iure* por la homologación del acuerdo preventivo sin necesidad de declaración alguna al respecto.

(15) DI LELLA, N., ob. cit., p. 274.

De aquel modo, si el concurso fracasara —excepto en los casos en los que decreta la nulidad del acuerdo— los acreedores tendrán que concurrir a la quiebra no por el importe de sus créditos verificados o declarados inadmisibles, sino por el importe que les correspondiera en virtud de lo pactado en el incumplido concordato.

En este sentido, es conteste la doctrina y la jurisprudencia especializada en la materia que se está frente a una novación objetiva de tipo legal, que prescinde de la expresa voluntad novatoria exigida por el ordenamiento civil y comercial.

De ese modo, ante el presupuesto de novación legal se prescinde voluntad de novar y del requisito de la capacidad, asumiendo de esta manera el carácter de un mero hecho jurídico extintivo.

En síntesis: en la novación concursal no hay intención de novar (16). Se está frente a una novación legal, que prescinde de la expresa voluntad novatoria exigida por el art. 934 del Cód. Civ. y Com. Pero, en lo que respecta a los procedimientos concursales, se trata de una novación legal que no requiere de la voluntad novatoria a la que refiere el art. 934 del Cód. Civ. y Com.

En consecuencia, homologado un acuerdo preventivo judicial, automáticamente se produce la extinción de las obligaciones originarias y nace una obligación nueva conforme a los términos de la propuesta homologada. Es por ello que cuando se homologa un acuerdo preventivo, lo que se produce es la extinción de las obligaciones originarias y el nacimiento de unas nuevas obligaciones en concordancia a los términos establecidos en la propuesta que se ha homologado.

Esto rige para todas las acreencias alcanzadas por el acuerdo homologado hayan o no prestado conformidad los acreedores con el convenio que los contemplara. Y esta novación se produce respecto de todos los créditos que existan

(16) En el ámbito del derecho civil y comercial, uno de los elementos primordiales para la configuración del instituto de la novación es la existencia de *animus novandi* en los sujetos intervinientes.

contra el deudor, sin importar que hayan prestado o no su conformidad con el acuerdo.

### III.2. Efectos erga omnes

#### III.2.a. Nociones generales

El art. 56 de la LCQ dispone en su primera parte, acerca del ámbito de aplicación de los efectos del acuerdo preventivo homologado judicialmente, que “[e]l acuerdo homologado produce efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación, aunque no hayan participado en el procedimiento. También produce iguales efectos respecto de los acreedores privilegiados verificados, en la medida en que hayan renunciado al privilegio. Son absolutamente nulos los beneficios otorgados a los acreedores que excedan de lo establecido en el acuerdo para cada categoría”.

Calificada doctrina ha sostenido que la sentencia homologatoria del acuerdo, una vez firme, adquiere autoridad de cosa juzgada con efectos *erga omnes*, con carácter de inmutabilidad y coercibilidad.

Así, la homologación del acuerdo trae como principal consecuencia, que aquel se aplique a todos los acreedores quirografarios cuyo crédito sea anterior a la presentación en concurso, hayan o no prestado su conformidad con la propuesta.

Este precepto, que constituye la consagración de uno de los principios rectores del proceso preventivo, junto con la par *conditio creditorum*, tiene la finalidad de que los acreedores que se incorporan definitivamente al pasivo luego de culminado el proceso de negociación o se encuentran excluidos de él, no se encuentren en condiciones más favorables ni menos ventajosas que quienes fueron verificados en término (17).

(17) La CS decidió que la sentencia que deja a un acreedor quirografario tardíamente reconocido fuera del trámite concursal, al no aplicar el acuerdo homologado, desconoce principios sustanciales que ordenan el proceso universal, en particular, el mandato legal de que todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación en concurso quedan sujetos al procedimiento obligatorio que impone la ley.

#### IV. Aproximación al tema desde la óptica del derecho comparado, los proyectos de ley y la ley de emergencia

Hemos señalado, en el apartado anterior, los efectos que genera la homologación del acuerdo.

Pese a ello, ¿es inquebrantable el principio concursal que sostiene que un acuerdo homologado judicialmente goza de autoridad juzgada con efecto *erga omnes* o acaso puede ceder en situaciones extremas tales como las que se pudieron haber generado como consecuencias de los múltiples efectos que generó la pandemia?

Anticipo que hay autores que sostienen lo siguiente: “pienso que los deudores que estén en etapa de cumplimiento de una propuesta concursal y ella no resulte posible de ser cumplida deben tener la posibilidad de readecuar la propuesta que homologaron anteriormente” (18) o “atrasamos una crisis extrema, imprevisible e inevitable, que obliga a una renegociación contractual derivada del principio de buena fe” (19).

##### IV.1. Derecho comparado

Recuerdo que en la Argentina no hay norma positiva vigente que autorice expresamente la posibilidad de renegociar un acuerdo homologado judicialmente.

Por esa razón, y como una primera aproximación a la temática, parece valioso referir a la legislación extranjera.

Ya antes de que se desatará la pandemia del COVID-19, algunos países regulaban legislativamente la posibilidad de renegociar, excepcionalmente, los términos de un acuerdo concursal.

Chile, por ejemplo, ha establecido que “[l]as modificaciones al acuerdo deberán adoptarse

por el deudor y los acreedores que lo suscribieron agrupados en sus respectivas clases o categorías, conforme al mismo procedimiento y mayorías exigidas” (20).

México, con una regulación detallada, permite que “[ú]nicamente en casos excepcionales, cuando se dé un cambio de circunstancias que afecten de manera grave el cumplimiento del convenio celebrado (...), con el propósito de satisfacer las necesidades de conservación de la empresa, procederá la acción de modificación de convenio” (21).

La legislación de los Estados Unidos establece que “[e]n cualquier momento después de la confirmación del plan pero antes de la finalización de los pagos en virtud de dicho plan, el plan puede modificarse, a solicitud del deudor, el fideicomisario o el titular de un crédito no garantizado” (22).

Francia permite “[l]a modificación sustancial de los fines o de los medios del plan [que] solo puede decidirse por el tribunal, a petición del deudor y previo informe del comisario para la ejecución del plan” (23).

Por último, Colombia (24) y México, entre otros, también prevén expresamente la posibilidad de renegociar el acuerdo homologado.

Durante el año “más duro” de la pandemia del COVID, algunos países miembros de la Unión Europea, adoptaron medidas legislativas de emergencia en material concursal, incorporando la posibilidad de renegociar un acuerdo homologado.

España, por ejemplo, sancionó una ley que establece lo siguiente: “Durante el año siguiente a contar desde la declaración del estado de alarma, el concursado, podrá presentar propuesta de modificación del convenio que se encuentre en período de cumplimiento” (25).

(18) ANICH, J., “La insolpandemia y su incidencia en los procesos concursales”, LA LEY del 09/06/2020, apart. 6.4.

(19) GERBAUDO, G., “Pensar el derecho concursal frente a la pandemia por COVID-19”, AR/DOC/1732/2020, apart. 2. Ver, además, la ideas que expone TRUFFAT, D., “El concurso del concurso”, *Doctrina Societaria y Concursal Errepar*, mayo 2021, y RASPALL, M., “Empresas concursadas. Renegociación del acuerdo y facultades jurisdiccionales”, *Doctrina Societaria y Concursal Errepar*, del 14/06/2021, apart. VI.C, párr. 3º.

(20) Art. 83, ley 20.720.

(21) Art. 166 bis, Ley de Concursos Mercantiles.

(22) Art. 1329, Ley de Quiebras (subcap. II, cap. 13, tít. 11).

(23) Art. L626-26, Cód. Com.

(24) Arts. 35, ley 550/1997, y 45 y 46, ley 1116/2007.

(25) Art. 8º, RDL 16/2020.

Por su parte, Italia también dictó una norma que reformó parcialmente su régimen concursal y que, en lo que aquí interesa, estableció: “[l]os plazos de cumplimiento de los convenios de acreedores, de los acuerdos de reestructuración, acuerdos de liquidación de crisis y planes de consumo aprobados que vencen el después del 23 de febrero de 2020 se prorrogarán seis meses” (26).

#### *IV.2. Proyectos de reforma de la legislación argentina*

En línea con lo que era tendencia durante el pico de la pandemia del COVID-19, en la Argentina se presentaron ante el Congreso de la Nación al menos 14 proyectos legislativos para modificar la LCQ.

La mayoría de esos proyectos estaban orientados a prorrogar el plazo de cumplimiento del acuerdo homologado o a permitir su readecuación.

i) El senador Esteban Bullrich propuso, entre otros puntos, la posibilidad de readecuar los acuerdos homologados por circunstancias que imposibiliten su cumplimiento (27).

ii) La diputada Ximena García propuso la suspensión de ejecuciones en trámite, la prórroga de plazos y la posibilidad de renegociar acuerdos preventivos homologados (28).

iii) El diputado Carlos Selva propuso la suspensión hasta el 31/12/2020 de toda ejecución, cumplimiento de acuerdos homologados y trámite de pedidos de quiebra (29).

---

(26) Art. 9º, dec. ley 23/2020.

(27) Expte. S-896-2020 presentado el 11/05/2020. El proyecto no prosperó.

(28) Expte. 1855-D-2020 presentado el 18/07/2020. El proyecto no prosperó.

(29) Expte. 1771-D-2020 presentado el 15/10/2020. El proyecto del diputado Selva fue denominado "Ley de Sostentamiento de la Actividad Económica en el marco de la Emergencia Sanitaria Pública Coronavirus —COVID-19— Emergencia para procesos de concursos preventivos y quiebras" y ha sido analizado por meses por ambas Cámaras del Congreso de la Nación. Primeramente, fue aprobado por la Cámara de Diputados; la Cámara de Senadores lo trató y giró nuevamente el proyecto con modificaciones nunca tratadas por la cámara baja.

iv) La senadora Silvina Larraburu propuso la suspensión por 180 días de los pedidos de quiebra y ejecuciones en los procesos concursales (30).

v) El diputado Ezequiel Fernández Langan propuso, entre otros puntos, la prórroga por 180 días del cumplimiento de acuerdos homologados (31).

vi) La diputada Lorena Matzen propuso ampliar los sujetos comprendidos de los pequeños concursos y quiebras (32).

vii) La diputada Graciela Camaño propuso suspender las ejecuciones patrimoniales y los pedidos de quiebra hasta el 31/03/2021 (33).

viii) El diputado Francisco Sánchez propuso la prórroga por 360 días del cumplimiento de acuerdos homologados con suspensión de intereses (34).

ix) El diputado Felipe Álvarez propuso la suspensión transitoria de los pedidos de quiebra y de las ejecuciones por deudas generadas por el aislamiento, prorrogando de pleno derecho el período de exclusividad de todos los concursos en curso (35).

x) El diputado Luis di Giacomo propuso la creación de un régimen especial para personas humanas, PyMES y sujetos comprendidos en el régimen de pequeños concursos y quiebras (36).

---

(30) Expte. S-665-2020 presentado el 17/04/2020. El proyecto no prosperó.

(31) Expte. 2267-D-2020 presentado el 22/05/2020. El proyecto no prosperó.

(32) Expte. 2101-D-2020 presentado el 18/05/2020. El proyecto no prosperó.

(33) Expte. 2559-D-2020 presentado el 04/06/2020. El proyecto no prosperó.

(34) Expte. 3415-D-2020 presentado el 08/07/2020. El proyecto no prosperó.

(35) Expte. 3437-D-2020 presentado el 13/07/2020. El proyecto no prosperó.

(36) Expte. 1896-D-2020 presentado el 11/05/2020. El proyecto no prosperó.

xi) El senador Alfredo Luenzo propuso una modificación sobre el régimen de pequeños concursos y quiebras (37).

xii) La senadora María del Valle Vega propuso la puesta a disposición de la autoridad sanitaria de los establecimientos asistenciales desafectados por el fallido (38).

xiii) La diputada Brenda Austin propuso la modificación del régimen de pequeños concursos y quiebras (39).

xiv) La senadora Pamela Verasay propuso cambios en la estructura de la sindicatura concursal (40).

Parte de la doctrina criticó la pasividad del cuerpo legislativo, afirmando que “es inadmisibles e injustificable la procrastinación del Congreso Nacional en sancionar la anunciada reforma a la Ley de Concursos y Quiebras que la sociedad imperiosamente demanda a fin de superar la emergencia” (41), pero lo cierto es que ningún proyecto de ley pudo ver la luz y el plexo normativo no sufrió cambio alguno.

#### *IV.3. La legislación de emergencia de la crisis del año 2002*

Un antecedente que resulta relevante traer a colación es el de la ley 25.563 (42), sancionada luego del estallido social acaecido en el país a finales del 2001. El art. 10 expresa que “en los casos de acuerdos concursales judiciales o extrajudiciales homologados en los términos de la ley 24.522, el plazo para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor (...) se ampliará

(37) Expte. 870-D-2020 presentado el 08/05/2020. El proyecto no prosperó.

(38) Expte. S-442-2020 presentado el 27/03/2020. El proyecto no prosperó.

(39) Expte. 2130-D-2020 presentado el 19/05/2020. El proyecto no prosperó.

(40) Expte. S-480-2021 presentado el 19/03/2021. El proyecto no prosperó.

(41) SEGAL, R., "La procrastinación de la legislación concursal en tiempos de pandemia", LA LEY 2021, AR/DOC/723/2021.

(42) Ley 25.563 que declara la emergencia productiva y crediticia hasta el 10/12/2003. Ataña a los deudores en concurso preventivo y modifica la ley 24.522.

por un año a contar desde que las obligaciones homologadas en el concordato sean exigibles”.

Por su parte, el art. 7º de la ley 25.563 también modificó la situación del fiador y codeudores solidarios producto de la novación de las obligaciones dada la existencia de un acuerdo preventivo; así, se dispuso que “quedarán obligados solamente en la extensión de la nueva obligación nacida del acuerdo homologado”. De todas formas, pocos meses más tarde el Poder Legislativo decidió volver a la redacción original del art. 55 de la LCQ.

#### *IV.4. Una conclusión parcial*

Al sancionarse la ley 25.563, el propio Congreso Nacional dispuso la modificación transitoria del principio de inmutabilidad del acuerdo homologado y el régimen general de la novación de las obligaciones para intentar paliar una situación insostenible y generalizada del común denominador de deudores en estado de insolvencia.

En ese contexto fue el propio Poder Legislativo el que dio una respuesta concreta (buena o mala, no lo juzgaremos aquí) a la situación de los concursados que, estando en etapa de cumplimiento del acuerdo, se encontraron con la crisis generalizada del año 2002. Es decir, el juez del concurso tenía la base legal para admitir el planteo que abordamos en este aporte.

### **V. Ortodoxia concursal: homologación e impacto de la cosa juzgada**

Pese a todos los antecedentes del derecho comparado, de los proyectos de reforma legislativa y del antecedente de la ley 25.563, lo cierto es que no hay disposición vigente en la Argentina que trate la posibilidad de modificar el acuerdo homologado.

En ese escenario, estimo que no es posible que el juez del concurso admita —de manera general— modificar los términos del acuerdo, sea en cuanto a su plazo de cumplimiento como en cualquier otro aspecto, independientemente del motivo que invoque el concursado que, generalmente y en el contexto actual, es la imprevisión.

#### *V.1. Fundamentos de mi posición*

##### *V.1.a. Cosa juzgada*

Una vez que la sentencia homologatoria emitida por el juez que aprueba las conformidades

arribadas por el deudor adquiera firmeza, tendrá el atributo de cosa juzgada, es decir, será oponible *erga omnes* y no será susceptible de ser alterada o atacada a futuro.

Desde esta óptica, la CS ha sostenido repetidamente que el respeto a la cosa juzgada "es uno de los pilares fundamentales sobre lo que se asienta nuestro régimen constitucional" y que, por ello, "no es susceptible de alteración ni aun por vía de invocación de leyes de orden público toda vez que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior" (43).

Asimismo, el ataque de una sentencia homologatoria afectaría la cosa juzgada emanada de dicha decisión puesto que "la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público y tiene jerarquía constitucional" (44).

En otras palabras, renegociar un acuerdo preventivo homologado implica apartarse de lo resuelto por una sentencia firme y se entendió que justificar dicha postura "a efectos de arbitrar una solución que se estima más equitativa, puede significar, más allá de tan elevado propósito, un modo de sentar precedentes que en su oportunidad se vuelvan contra los ocasionales beneficiarios de hoy, los que también reciben las ventajas permanentes de la seguridad jurídica" (45). Además, los argumentos basados en la equidad y la justicia "no son eficaces para afectar la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional" (46).

En línea con lo expuesto anteriormente, Heredia señala que, "así como no le es dado al deudor incumplir el acuerdo sin evitar la quiebra si

ella fuera peticionada, tampoco le es permitido modificar la propuesta de concordato una vez que ha sido homologada. Es decir, tal como se pactó, el deudor debe cumplirla. Aceptar otra postura implicaría desvirtuar el carácter de acto unitario que tiene el concordato homologado a la par que violentar la voluntad conjunta de los acreedores exteriorizada al aprobarlo de conformidad con el régimen de mayorías impuesto por la ley" (47).

En ese sentido, un tribunal decidió que por más que las modificaciones propuestas al acuerdo homologado tuvieran por finalidad, plausible por cierto, el procurar la preservación de la empresa, lo cierto es que "es clara la intención del legislador de imponer una más pronta conclusión del trámite del concurso preventivo, de modo que no hay margen para una renegociación del acuerdo ya homologado, pues no estamos en una etapa procesal en la que ello sea posible" (48).

Es decir, que una vez homologado el acuerdo preventivo este no puede ser modificado por el concursado.

Con esa orientación, un autor apunta que la estructura del proceso concursal impide retrotraer su curso a la etapa de negociación una vez logradas las mayorías necesarias y homologado el acuerdo, pues a partir de allí solo queda por delante la etapa de cumplimiento.

No se trata solo de una preclusión procesal sino de cosa juzgada material, por cuanto la sentencia homologatoria firme tiene como efecto el nacimiento de nuevas obligaciones en cabeza del concursado, definiendo con carácter irreversible e inmutable el alcance que tendrán los derechos de los acreedores (49).

(47) HEREDIA, P., "Tratado exegético de derecho concursal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, t. II, ps. 300-303.

(48) CCiv. y Com. Trenque Lauquen, 05/08/1997, "Huberty, José O. y otro s/ conc. preventivo", LA LEY, 1997-1442.

(49) PERALTA MARISCAL, F., "La pandemia como evento imprevisible en la etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo homologado", *Revista Deconomi*, Buenos Aires, 2021, ps. 5-6.

(43) Fallos 344:1857, 293:373, 301:762, 302:143 y 311:495

(44) Fallos 323:2648 y 313:904.

(45) Fallos 319:2304.

(46) Fallos 315:2406 y 235:171.

En esa línea, la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial determinó que “el extremo de que la sentencia que homologó el acuerdo formulado por la concursada con sus acreedores se encuentre firme y pasada en autoridad de cosas juzgada impide por sí solo examinar la pretensión referida a modificar sus términos o los efectos que proyecta en el universo concursal” (50).

El tribunal destacó también que no desconocía la coyuntura y emergencia que se atravesaba —en alusión a la pandemia— pero que es también ante ese panorama que deben reafirmarse los principios que sustentan la seguridad jurídica, de la cual inmutabilidad inherente a los fallos firmes es uno de los pilares básicos.

En palabras de Graziabile, “no es una cuestión de que no se pueda abrir esa puerta, sino que la puerta es inexistente; debió el legislador ponerla para que los interesados puedan abrirla” (51).

V.1.b. El acuerdo homologado judicialmente no es un contrato y, por tanto, no resulta aplicable la imprevisión

Sostengo esto porque se trata de un instituto regulado estrictamente por la legislación concursal y si bien comparte ciertos caracteres propios del contrato (52), entiendo que no tienen la misma naturaleza jurídica porque, ineludiblemente, requiere de una resolución judicial que la homologue y, además, sus efectos se expanden a terceros (es decir, personas que no prestaron su conformidad con la propuesta).

Lo atinente a que requiere de una decisión jurisdiccional que admita o rechace su homologación, cabe recordar que esta consiste en la sentencia del juez concursal que aprueba la conformidad lograda por el deudor con la mayoría de sus acreedores, configurando un requisito para la validez y exigibilidad del acuerdo

(50) CNCom., sala B, 30/06/2020, “Álvarez, Romina J. s/ concurso preventivo”, AR/JUR/21262/2020.

(51) GRAZIABILE D., “No existe la posibilidad de renegociar un acuerdo concursal homologado sin una ley que lo habilite”, *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, abril 2022.

(52) Especialmente, en cuanto requiere una unión de ciertas voluntades, asimilable al consentimiento contractual.

preventivo (53). En ese sentido, previo control formal y sustancial (54), el art. 52 del LCQ otorga ciertos lineamientos y facultades al juez para pronunciarse sobre la homologación de este, habilitándolo a no hacerlo en caso de abuso o fraude a la ley (55).

Y, en lo atinente a que el acuerdo es un instituto de índole netamente concursal que genera efectos respecto de terceros ajenos al proceso de formación de la voluntad, parece atinado enumerar a qué sujetos abarca o se expande el acuerdo homologado; ellos son: i) acreedor quirografario tempestivo declarado verificado o admisible (sin incidente de revisión) que prestó conformidad; ii) acreedor quirografario tempestivo declarado verificado o admisible (sin incidente de revisión) que *no prestó* conformidad; iii) acreedor quirografario tempestivo declarado verificado o admisible (sin incidente de revisión) sin derecho a voto; iv) acreedor quirografario tempestivo declarado admisible con incidente de revisión en trámite conforme a lo dispuesto por el art. 58 de la LCQ; v) acreedor quirografario tempestivo declarado inadmisibles sin incidente de revisión en trámite; vi) acreedor quirografario tempestivo declarado inadmisibles con incidente de revisión en trámite; vii) acreedores quirografarios de causa o título anterior no concurrentes; viii) acreedores quirografarios tardíos, conforme lo dispone el art. 56 de la LCQ, “[l]os efectos del acuerdo homologado se aplican también a los acreedores que no hubieran solicitado verificación, una vez que hayan sido verificados”; ix) acreedores quirografarios no tardíos, es decir, aquellos con sentencia dictada en extraña jurisdicción y reconocidos concur-

(53) RIVERA - MEDINA, “Manual de concursos”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., ps. 234-237.

(54) La CS ha dicho que “la conformidad de los acreedores a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor es condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación, pues el juez puede ejercer un control sustancial de la propuesta, pudiendo denegar su aprobación si la considera abusiva o en fraude a la ley...” (CS, 15/03/2007, “Arcángel Maggio SA s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo”).

(55) Ver, en ese sentido, la decisión (firme) adoptada por Jorge Sicoli, titular del Juzg. Nac. Com. N° 3, 12/04/2021, “Isolux Ingeniería SA, Sucursal Argentina s/ concurso preventivo”, AR/JUR/54276/2021 (en particular, el apart. 2.5).

salmente por un incidente de verificación tardía (cf. arts. 21 y 56, LCQ).

Sobre la temática, bien se ha señalado que “mientras que en un contrato las partes prestan su consentimiento en forma libre y voluntaria y, si no lo prestan, no quedan obligadas, en el caso de la propuesta concordataria que alcanza a los acreedores de un deudor concursado no se dan las mismas características. Todo ello es así, porque: a) el deudor es quien decide presentarse en concurso preventivo y en el marco de este proceso, unilateralmente y luego de analizar sus posibilidades de pago, presenta una propuesta a sus acreedores; b) la posibilidad de negociación entre el deudor y la masa de acreedores es bastante limitada; c) los acreedores que no estén de acuerdo con la propuesta solamente pueden impugnar el acuerdo alcanzado en un determinado plazo y por las limitadas causales previstas en el art. 55 de la LCQ; y d) la propuesta homologada alcanza no solamente a los acreedores que la votaron favorablemente, sino también a los acreedores que no la votaron” (56).

De esta manera, y con independencia de lo expuesto en torno de la cosa juzgada, creo que no es procedente pretender aplicar, por vía analógica, el art. 1091 del Cód. Civ. y Com. adaptándolo a las características del juicio universal, incluso cuando, efectivamente, haya existido una alteración extraordinaria de las circunstancias originarias sobreviniente por causas ajenas a “las partes” que haga excesivamente onerosa la prestación a cargo de una de ellas pues aquello debe suceder en el marco de un contrato (de cualquier naturaleza, pero contrato al fin) y no en el marco de un concurso con propuesta homologada judicialmente.

Sobre el punto, comparto lo que se ha señalado en el sentido de que “resulta decisiva para arribar a tal conclusión la ponderación del alcance de esos efectos, pues no son menores, ni constituyen únicamente nuevos derechos o beneficios que puedan ser invocados por los terceros involucrados (al estilo de los contratos con estipulación en favor de terceros regulado en el art. 1027, Cód. Civ. y Com.), por el contrario, aquellos acreedores concurrentes que no

hubieran votado favorablemente la propuesta y queden sometidos imperativamente a los efectos del concordato homologado (art. 56, LCQ), sufren la extinción de sus acreencias preconcursales por efecto de la novación, y de ahí en adelante su crédito pasa a ser determinado por lo convenido entre el deudor y los acreedores que hayan conformado la mayoría exigida por la ley” (57).

Con ese enfoque conceptual, la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial señaló que “desde la óptica del paradigma contractual, los efectos de esta convención *erga omnes*, se presentan como una anomalía. Los acreedores minoritarios o ausentes no han prestado su consentimiento a esa sujeción a la voluntad de otros, como ocurre en los contratos asociativos. Sin embargo, los términos del acuerdo preventivo, judicial o extrajudicial, vienen impuestos a los acreedores por *imperium legis*” (58).

Creo que allí se ve una importante objeción para la aplicación del art. 1091 al acuerdo preventivo homologado judicialmente: el ámbito de operatividad de esa norma es bien específico y delimitado, pues se ciñe a la órbita contractual; carácter que por sus particularidades no tiene el concurso preventivo. Nótese que el precepto en examen le otorga a la parte afectada por las circunstancias imprevistas la posibilidad de pedir la resolución parcial o total del contrato además de su adecuación, variable —la ineficacia sobreviniente por resolución— que deviene claramente incompatible con el concordato preventivo en función de los principios y reglas generales que lo rigen.

Esa diferencia sustancial se enlaza con lo señalado previamente en cuanto al carácter de cosa juzgada que reviste la sentencia homologatoria respecto de las relaciones jurídicas preconcursales entre el concursado y los acreedores alcanzados por la propuesta. En principio, lo aprobado por el juez resulta inmutable, a la par que los derechos

(57) PERALTA, F., ob. cit.

(58) CNCom., sala D, 28/04/2006, “Banco Hipotecario SA s/ acuerdo preventivo extrajudicial (del dictamen de la fiscal general de Cámara)”, *elDial* del 22/05/2006, AA3482.

(56) SOSA, F. - SALEMME, Y., “¿El acuerdo homologado, se puede modificar?”, *Abogados.com*, 11/06/2020.

que de allí nacen para las partes se incorporan definitivamente a sus patrimonios (59).

Así, si para la apertura de una instancia de revisión o de ajuste forzada de los términos de un contrato es necesario una norma que expresamente lo autorice e identifique las circunstancias que pueden justificar —como lo es el art. 1091 del Cód. Civ. y Com. en materia contractual— con mayor razón es dable exigir una norma general que de algún modo lo permita cuando se trata de alterar los efectos de un acuerdo con eficacia de cosa juzgada *erga omnes* recaído en el marco de un proceso legalmente estructurado y regido por principios de orden público (60).

Es cierto que podría postularse, como lo ha hecho cierta jurisprudencia, que la cosa juzgada no es un principio absoluto, sino que cede en casos excepcionales, cuando el ordenamiento visto en su totalidad, no puede aceptar una solución irracional, ilógica que choca contra hechos indiscutidos y principios jurídicos mayoritariamente aceptados (art. 17, 18 y 28, CN) (61).

Sin embargo —y en palabras de un autor— “el rechazo de la aplicación en la esfera concursal de un reajuste en los términos del art. 1091 del Cód. Civ. y Com. lejos está de resultar un temperamento irracional o contrario a principios jurídicos aceptados; antes bien, se trata de reconocer que aun en contextos excepcionales, existen ciertas bases elementales del orden jurídico, y más concretamente del derecho concursal, que hacen al sostenimiento de la seguridad jurídica y que por ende no pueden ser completamente obviadas” (62).

Consecuentemente, con la legislación vigente en la Argentina, no aparece jurídicamente sostenible la posibilidad de abrir una renegociación

del acuerdo preventivo con posterioridad a su homologación, dado que ello implicaría desvirtuar profundamente las bases del sistema sin ningún tipo de apoyo legal, otorgándole al juez potestades exorbitantes de las que carece, en desmedro de principios tales como la cosa juzgada y seguridad jurídica.

## VI. Propuesta del autor

Planteo la hipótesis de que el concursado formula un planteo enderezado a que se admita judicialmente la posibilidad de renegociar un acuerdo homologado invocando que se le ha tornado imposible o excesivamente oneroso cumplir con lo establecido en el acuerdo.

A mi modo de ver, no se puede descartar por completo la posibilidad de que ciertos créditos individuales sean susceptibles de revisión en tanto y en cuanto la concursada demuestre alguna causal que pudiera justificar aquello.

En efecto, por imposición legal, en un concurso que se encuentra en etapa de cumplimiento, el juez concursal mantiene jurisdicción residual que lo habilita para entender en toda cuestión conexa, la que cesará definitivamente con la declaración de cumplimiento del concordato (63). Es decir, el juez concursal solo goza de una jurisdicción limitada a aquellas cuestiones vinculadas al cumplimiento del acuerdo.

Desde este punto de vista, el efecto novatorio propio de la homologación del acuerdo afecta a cada crédito en forma individual. Consecuentemente, con la novación, cada crédito pasa a estar alcanzado por el derecho emergente del acuerdo, pero —insisto— de forma individual.

Por esa razón, estimo que no corresponde que el juez del concurso haga una consideración de carácter general, extensible a todos los créditos que componen el pasivo concursal que fuera renegociado porque, insisto, por tratarse de un concurso que está transitando la etapa de cumplimiento (art. 59, LCQ) el juez solo tiene competencia residual y es, justamente, esa competencia residual la que le impide atender y analizar de manera general y global un planteo de esa naturaleza.

(59) HEREDIA, P., "Tratado exegético de derecho concursal", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 301 y la jurisprudencia citada en las notas al pie número 20 a 27.

(60) Sobre el punto, y de manera general, puede verse SÁNCHEZ HERRERO, P., "La imprevisión contractual", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019.

(61) Ver en ese sentido y de manera general a VIÑAL, R., "Revisión de la cosa juzgada írrita", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2019.

(62) PERALTA, F., ob. cit.

(63) DI LLELA, N., ob. cit., p. 361.

Mas nada impide, como adelanté, atender y evaluar planteos de la concursada que estén dirigidos a cuestionar individualmente que se le ha tornado imposible o excesivamente oneroso cumplir con lo establecido en el acuerdo.

Esta opción, excepcionalísima por cierto, se podría canalizar procesalmente por un incidente garantizando que tanto la concursada como el acreedor individual puedan ofrecer y producir toda la prueba tendiente a acreditar sus posiciones.

## VII. Conclusiones

i) Los efectos de un acuerdo preventivo homologado alcanzan no solo a los sujetos directamente implicados en él (acreedores verificados, deudor, fiadores, socios ilimitadamente responsables, etc.), sino que también existen otros acreedores a los cuales afecta, hayan sido o no verificados, dieran o no su conformidad con la propuesta del deudor.

Sostiene Cámara que “[u]na junta de acreedores posterior no podría modificar las condiciones del acuerdo homologado, que tiene fuerza de cosa juzgada” (64) y destacamos al respecto que la sentencia homologatoria produce efectos más amplios que los de una sentencia en un juicio ordinario contencioso, pues a diferencia de este, los efectos no se limitan a las partes intervinientes, sino que tiene eficacia *erga omnes*.

Así las cosas, y por el efecto de cosa juzgada que produce la homologación del acuerdo preventivo, los alcances que este produce respecto del deudor y de los acreedores, se incorporan al derecho de propiedad de estos (65). Derecho de propiedad en el sentido que nos da el derecho constitucional, esto es, todo bien o derecho de una persona susceptible de apreciación económica, distinta de sí misma, de su vida y de su libertad (66).

Consecuentemente, una vez homologado el acuerdo preventivo, la modificación en los tér-

(64) CÁMARA, H., "El concurso preventivo y la quiebra", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, t. II, p. 1024.

(65) La cosa juzgada da al derecho reconocido un carácter patrimonial (CS, 20/08/1925, "Mango, Leonardo c. Traba, Ernesto", Fallos 144:220), que no puede ser desconocido sin violar el art. 17, CN (CS, "Roger Belt c. Gregorio Alonso", 1947).

(66) Fallos 145:307.

minos de este no podría jamás hacerse bajo el mecanismo del concurso preventivo. El deudor no puede pretender modificar sus obligaciones emergentes de un acuerdo preventivo mediante una nueva solución preventiva (67).

ii) La estructura del proceso concursal impide retrotraer su curso a la etapa de negociación una vez logradas las mayorías necesarias y homologado el acuerdo pues a partir de allí solo queda por delante la etapa de cumplimiento.

No se trata solo de una preclusión procesal sino de cosa juzgada material, por cuanto la sentencia homologatoria firme tiene como efecto el nacimiento de nuevas obligaciones en cabeza del concursado, definiendo con carácter irreversible e inmutable el alcance que tendrán los derechos de los acreedores.

En esa línea, la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial determinó que “el extremo de que la sentencia que homologó el acuerdo formulado por la concursada con sus acreedores se encuentre firme y pasada en autoridad de cosas juzgadas impide por sí solo examinar la pretensión referida a modificar sus términos o los efectos que proyecta en el universo concursal” (68).

El tribunal destacó también que no desconocía la coyuntura y emergencia que se atravesaba —en alusión a la pandemia— pero que es también ante ese panorama que deben reafirmarse los principios que sustentan la seguridad jurídica, de la cual inmutabilidad inherente a los fallos firmes es uno de los pilares básicos, criterio que juzgo aplicable a la cuestión aquí tratada.

iii) No es viable un planteo en el que se cuestione que no resulta posible o que se tornó excesivamente oneroso cumplir con todas las prestaciones acordadas para todo el pasivo concursal. Sin embargo, considerando el efecto que genera la novación concursal —atomizando cada crédito—, sí puede ser viable generar la posibilidad de que se formule este cuestionamiento respecto de uno o varios acreedores individuales.

(67) LLORENTE, J., "Imposibilidad para el concursado de modificar los términos del acuerdo preventivo homologado", MJ-DOC-728-AR.

(68) CNCom., sala B, 30/06/2020, "Álvarez, Romina J. s/concurso preventivo", AR/JUR/21262/2020.

## **COMISIÓN N° 3. DERECHO DE DAÑOS**

RESPONSABILIDAD DERIVADA EN LA PANDEMIA.  
FUNCIÓN PREVENTIVA DE DAÑOS



# El deber de prevención en la propagación de enfermedades

Walter F. Krieger (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Antecedentes históricos.— III. El análisis de la responsabilidad por contagio de COVID-19 durante la pandemia.— IV. El deber de no dañar a otro en el artículo 1710 del Código Civil y Comercial.— V. Las reglas de la prevención del daño aplicadas a la prevención de la propagación de enfermedades.— VI. Conclusiones.

## I. Introducción

Uno de los debates que surgieron a medida que se propagaban los casos de COVID-19, allá por los meses de marzo y abril del año 2020, consistió en analizar qué responsabilidad le cabe al sujeto que evitaba tomar los recaudos necesarios para evitar la propagación de la enfermedad y, consecuentemente, contagiaba a otras personas.

Va de suyo que, en aquel momento, movilizados por los elevados índices de mortalidad de la enfermedad y su fácil contagio, las respuestas —sin dudas atravesadas por el componente emocional del momento— resultaban a veces exageradas y desmedidas.

Viene a colación recordar el caso del adolescente que, luego de su regreso al país, rompió el aislamiento preventivo para concurrir a una fiesta de casamiento y terminó contagiando a varios asistentes, entre ellos a su propio abuelo, quien terminó falleciendo; o el caso del turista que regresaba de Brasil donde había practicado surf y se lo señalaba como a un delincuente,

---

(\*) Abogado (UBA); doctor en Derecho, con orientación en Derecho Privado (UCES); posgraduado en Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias (U. Menéndez Pelayo, A Coruña); profesor titular de Derecho de Daños, Defensa del Consumidor y de la Competencia (Universidad del CEMA); director de la Diplomatura en Derecho de Daños Corporativa (UCEMA); secretario general de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado.

dado que viajaba a la costa argentina para hacer allí el aislamiento.

Sin embargo, a la luz del estado actual donde el virus sigue circulando entre nosotros, pero los índices de mortalidad son bajos con sustento en las campañas de vacunación, resulta interesante retomar el debate, sin el componente emocional del medio.

## II. Antecedentes históricos

El debate respecto de la responsabilidad por la propagación de enfermedades no nació en absoluto con la pandemia, sino que ya había comenzado mucho antes, con el contagio del HIV-sida.

En efecto, cabe recordar los planteos respecto de los contagios sufridos en el ámbito de las internaciones hospitalarias, o por transfusión de sangre contaminada (1).

Frente a los casos de enfermedades infectocontagiosas, la doctrina sostenía que la responsabilidad del establecimiento educativo por el contagio era de tipo objetivo fundada en el deber de seguridad emanado del art. 5º de la Ley de Defensa del Consumidor.

Por otro lado, frente a la utilización de sangre contaminada, la doctrina sustentaba la responsabilidad en el vicio que presentaba la cosa que

---

(1) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "La responsabilidad civil por contagio de enfermedades infectocontagiosas. Principales supuestos", DJ 30/12/2009, 3689.

generaba el daño, para sustentar también la responsabilidad de quien la introducía en el cuerpo del paciente contagiado.

Sin embargo, la jurisprudencia ha estado dividida en la cuestión de las infecciones intrahospitalarias; señalando Garrido Cordobera (2) la existencia de tres líneas jurisprudenciales: a) una primera línea, que sostiene que la responsabilidad no es objetiva, sino subjetiva por omisión, debiendo el afectado tener que demostrar la negligencia del personal del centro asistencial en relación con las medidas de cuidado; b) una segunda mantiene la subjetividad, pero con una presunción de culpa; c) la tercera afirma la responsabilidad objetiva de los centros asistenciales.

En otro orden de ideas, respecto de la propagación de enfermedades contagiosas, se encuentra el trabajo de Jalil (3) relacionado con el contagio del VIH entre parejas.

Frente a estos supuestos, el autor sostiene la existencia de una responsabilidad de índole subjetiva, destacando que la conducta antijurídica consiste en la omisión de informarle a la pareja de la existencia de la enfermedad. Señala, además, que el hecho de que la pareja se encuentra casada, ello no obsta a la aplicación del régimen de la responsabilidad civil en estos supuestos, por cuanto, aun cuando el derecho de daños tenga un carácter restrictivo en las relaciones familiares, sin duda alguna, condicionar la salud del cónyuge con enfermedades mortales o potencialmente mortales, es un daño que debe ser reparado.

### III. El análisis de la responsabilidad por contagio de COVID-19 durante la pandemia

Como hemos dicho con anterioridad, una vez desatada la pandemia y sus consecuencias trágicas, afloraron distintos trabajos analizando la responsabilidad civil de aquellos que habían contagiado a otras personas del virus.

---

(2) *Ibidem*.

(3) JALIL, Julián E., "Responsabilidad civil deviniente del contagio de VIH entre parejas, convivientes o cónyuges", DFyP 2019 (junio), 164.

En este tópico se inscribe el trabajo de Alurralde (4), quien distingue entre diversos supuestos a los fines de determinar la responsabilidad.

Por un lado, analiza la responsabilidad de aquellos que han violentado el aislamiento social preventivo y obligatorio impuesto por el DNU 297/2020, mientras que luego realza valoraciones respecto de la situación de aquellos que tenían habilitado el tránsito por estar exceptuados del aislamiento, o bien porque carecían de síntomas.

El referido autor afirma la existencia de responsabilidad en todos los supuestos, salvo en los de aquellos que estaban exceptuados del aislamiento conforme a la normativa vigente en ese momento.

Para sostener la responsabilidad, afirma que el caso de aquellos que violentaron el DNU, se sostiene en un factor de atribución de la responsabilidad subjetivo, mientras que en el resto de los casos (desconocimiento de la enfermedad por estar en período de ventana) se aplicaba un factor objetivo de la responsabilidad.

Por nuestro lado, y tal como veremos a continuación, el enfoque debe darse desde una óptica diferente, centrada en el deber de no causar daños que consagra el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. y las conductas exigibles en cada supuesto.

### IV. El deber de no dañar a otro en el artículo 1710 del Código Civil y Comercial

Solo para refrescar la memoria, recordaremos el texto de la norma en análisis, dado que sobre ella se construirán el análisis que realizaremos luego.

Señala el art. 1710 del Cód. Civ. y Com.: "Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tie-

---

(4) ALURRALDE, Aldo M., "Responsabilidad civil por daños por contagio", RC D 1547/2020.

ne derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

Sin duda alguna, esta norma recoge el principio general de *non alterum laedere* acuñado por Ulpiano y que refiere la obligación de abstenerse de causar daños a terceros.

Resulta oportuno recordar lo expresado en un trabajo anterior junto con Jalil (5) respecto de la explicación dada por Di Petro en cuanto al empleo del vocablo *laedere* por parte de Ulpiano, en lugar del vocablo *damnare*; importa una obligación más amplia impuesta a las partes que las compele a actuar cuando el daño “aún no ha sucedido, pero puede suceder”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expresarse respecto de la extensión de las obligaciones emergentes de dicha norma en el fallo “Arregui” (6).

Afirma en su voto el Dr. Lorenzetti que el incumplimiento del deber de seguridad que emana del art. 1710 del Cód. Civ. y Com. puede generar un factor de atribución de la responsabilidad de índole objetiva o subjetiva. Nosotros agregamos a dicha afirmación que lo primero será cuando el vínculo entre las partes sea o bien un contrato o bien una relación de consumo; y lo segundo, cuando a la relación no se le apliquen factores de atribución objetivos expresamente determinados en la norma (7).

Siguiendo en este sentido a Bestani (8) recordamos, además, que la norma impone la obligación de adoptar conductas “idóneas” para evitar

(5) KRIEGER, Walter F. - JALIL, Julián E., "Responsabilidad civil contractual y extracontractual", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2021, p. 11.

(6) CS, "Arregui Diego Maximiliano c. EN - PFA y otros s/ daños y perjuicios", 26/12/2017.

(7) Así, por ejemplo, el factor será objetivo por daños causados por el riesgo o vicio de las cosas o por el riesgo de la actividad empresarial.

(8) BESTANI, Adriana, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual (dirs.) - KRIEGER, Walter F. (coord.), "Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, t. 2, ps. 1028 y ss.

el daño, no cumpliéndose con la manda si las medidas tomadas no resultan adecuadas para el fin perseguido.

Finalmente, tal como sostienen Picasso y Sáenz (9), a tenor de lo señalado en el art. 1717 del Cód. Civ. y Com. que establece como la anti-juricidad tanto de las conductas positivas, como de las omisiones, de los agentes, de manera que, el deber de prevención, no solo obliga a adoptar las conductas positivas que causen daños, sino también, de abstenerse de ejecutar aquellas que producen dicho resultado.

### V. Las reglas de la prevención del daño aplicadas a la prevención de la propagación de enfermedades

Coincidiendo con los argumentos vertidos por Lorenzetti en su voto en el fallo “Arregui” en cuanto a los factores de atribución de la responsabilidad en el deber de prevención del art. 1710 del Cód. Civ. y Com., podemos avanzar en la formulación de algunas reglas que permitan dilucidar la cuestión.

Previamente, resulta necesario repasar algunos conceptos respecto de los factores de atribución, lo que nos llevará a discrepar con algunas de las conclusiones de Alurralde en el texto citado.

En efecto, cabe recordar que el art. 1721 del Cód. Civ. y Com. señala expresamente: “Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”.

En este sentido, la doctrina ha interpretado la última parte de la norma en el sentido de que “los factores de atribución de la responsabilidad deben ser expresamente normados” (10).

Así dadas las cosas, es evidente que solo se podrá recurrir al factor objetivo de atribución

(9) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado", Ed. Infojus, 2015, t. IV, p. 420.

(10) ALFERILLO, Pascual, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual (dirs.) - KRIEGER, Walter F. (coord.), ob. cit., t. 2, ps. 1028 y ss.

de la responsabilidad, cuando alguna norma expresamente lo establezca.

A partir entonces de esta premisa, sostenemos que podemos establecer el deber de prevención en la propagación de enfermedades y sus consecuencias dañosas, en dos grupos: a) aquellos a los que se les imputa un factor subjetivo de la responsabilidad; y b) supuestos de aplicación de un factor objetivo de atribución de la responsabilidad.

#### *V.1. Supuestos de aplicación del factor subjetivo*

En razón de lo señalado en el punto anterior, entendemos que, en estos casos, la regla general habrá de ser la aplicación del factor subjetivo de atribución de la responsabilidad.

Así, la conducta individual deberá ser juzgada conforme a los parámetros de los arts. 1724 y 1725 del Cód. Civ. y Com., ello es, conforme a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, ponderando que, a mayor conocimiento de las obligaciones, mayor es el deber de cuidado.

Sentada esta regla de atribución subjetiva, resulta evidente que la conducta que contraría los mandatos generales que se adoptan para evitar la propagación de una determinada enfermedad, en principio, importa una conducta negligente (11).

Ahora bien, como ya lo hemos mencionado en otro trabajo (12), la imputación de un factor subjetivo de la responsabilidad permite repeler la acción mostrando la diligencia o prudencia de la conducta en el caso concreto.

Así dadas las cosas, si bien la conducta anti-jurídica de obrar en forma contraria a la norma permitiría presuponer la existencia de "culpa", nada obsta a que el sujeto pueda demostrar que obró prudentemente de acuerdo con las circunstancias y ello excluya el deber de responder.

En este sentido, resulta necesario ser categórico en recordar que la doctrina es absolutamente

pacífica en sostener que, para la procedencia del deber de reparar, se necesita que se encuentren los cuatro requisitos que la componen: 1) antijuricidad; 2) factor de atribución; 3) relación de causalidad; y 4) daño resarcible (13).

La existencia de un daño, aun cuando este fuere grave (contagio de una enfermedad mortal, o potencialmente mortal), no basta en nuestro sistema para la procedencia del deber de reparar, salvo que probemos la culpa o dolo del agente transmisor.

Asimismo, coincidimos con Jalil (14) respecto de que, aun cuando la aplicación de la responsabilidad civil a los vínculos familiares sea de carácter restrictivo, en el caso que nos ocupa que pone en riesgo la integridad física o la vida de otro miembro de la familia, se debe condenar a reparar el daño causado si se observa una conducta negligente o dolosa.

#### *V.2. Supuestos de aplicación de factores objetivos de atribución de la responsabilidad*

Lo afirmado en el punto anterior tiene excepciones, en las cuales, tal como señala Lorenzetti, se impone un factor de atribución objetivo por disposición normativa.

Encontramos dentro de estos supuestos, los contagios que se producen tanto en entidades hospitalarias o sanitarias, como de cuidados como ser los geriátricos.

Es que en estos supuestos existe un vínculo de consumo entre los prestadores del servicio y los beneficiarios del mismo, que impone el deber de seguridad que establece el art. 5° de la Ley de Defensa del Consumidor.

Al respecto debemos recordar que la exclusión de la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor establecida en el art. 2° de la norma a los "profesionales liberales," no aplica a las entidades u organizaciones que prestan dichos

---

(11) V.gr., incumplir un aislamiento obligatorio.

(12) KRIEGER, Walter F. - JALIL, Julián E., "Responsabilidad civil contractual y extracontractual", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2021, p. 64.

---

(13) TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, "Tratado de responsabilidad civil", Ed. La Ley, 2014, 2ª ed., t. I.

(14) JALIL, Julián E., ob. cit.

servicios (15), de modo que las prestadoras referidas se encuentran alcanzadas por la norma.

Así dadas las cosas, bastará en principio para el paciente demostrar que el contagio de una enfermedad se produjo en el contexto de su internación y la existencia de un daño resarcible para que proceda el deber de repararlo.

La pregunta que se impone ante esta conclusión es si la responsabilidad en estos supuestos es “absoluta” o existen eximentes.

Como regla sostenemos que no existe cosa alguna como la “responsabilidad absoluta” o “estricta”, sino que dicha definición empleada por algunos autores se sostiene en una traducción deficiente de *strict liability*, cuyas reglas y conceptos son la de la responsabilidad objetiva en nuestro sistema.

Dicho esto, se impone entonces el interrogante: ¿cuáles son los eximentes de responsabilidad en estos casos?

Ciertamente, entendemos que no lo serán el caso fortuito o la fuerza mayor, en razón de que el contagio de enfermedades es parte del riesgo propio de centros hospitalarios o geriátricos, de modo que se impone la teoría de la previsibilidad contractual que dispone el art. 1728 del Cód. Civ. y Com. y que fuera descripta por la CS en el fallo “Bianchi de Pereyra” (16).

(15) LORENZETTI, Ricardo L., “Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, 2ª ed., entre muchos otros.

(16) CS, 07/11/2006, “Bianchi, Isabel C. Pereyra de c. Bs. As. Pcia. de y Camino SA s/ daños y perjuicios”, Fallos 329:4944

Así, la solución, entendemos, se encuentra en otro precedente del Máximo Tribunal, el fallo “Ledesma c. Metrovías” (17), donde se estableció que, en las relaciones de consumo, el eximente de responsabilidad se constituye por la demostración, por parte del proveedor, de la ajenidad del daño, no respecto del hecho dañoso, sino en relación con el vínculo que los une.

Siguiendo este concepto, en el caso que nos ocupa, será carga del prestador del servicio de salud demostrar que el contagio se produjo fuera de su ámbito de prestación del servicio.

## VI. Conclusiones

Luego del análisis realizado, podemos concluir que resulta exigible a todos los sujetos, de conformidad con lo establecido en el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. realizar —o abstenerse de realizar— conductas que puedan permitir la propagación de enfermedades.

A su vez, el incumplimiento de este deber de conducta tendrá como regla el deber de reparar el daño fundado en un factor subjetivo de atribución de la responsabilidad, debiendo ponderarse la conducta del sujeto de acuerdo con las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

Por otro lado, en los casos en los que la norma lo autorice, se podrá recurrir a la imputación de un factor objetivo de la responsabilidad fundado en el deber de seguridad del art. 5º de la Ley de Defensa del Consumidor, en cuyo caso, el único eximente admisible es el de la “ajenidad del daño a la relación de consumo”.

(17) CS, 22/04/2008, “Ledesma, María Leonor c. Metrovías SA s/ recurso de hecho deducido por la actora”. Cita online: TR LALEY AR/JUR/759/2008.

# Función preventiva: nuevas tecnologías y medicina actual

Enrique C. Müller (\*)

**Sumario:** I. La función preventiva. Noción.— II. El deber de prevención. El daño justificado e injustificado.— III. La acción preventiva.— IV. Cuestiones procesales.— V. El desarrollo científico contemporáneo. Regularidades y tendencias al servicio de la medicina moderna.— VI. La medicina de este siglo.— VII. ¿Cuál es el impacto de la tecnología en este campo?— VIII. La importancia de la prevención del daño.

## I. La función preventiva. Noción

Como refiere Alejandro Borda, la función principal de la responsabilidad civil es la de reparar o resarcir el daño sufrido.

Sin embargo, lo que importa destacar en este momento es que el Cód. Civ. y Com. introduce una novedad relevante, que ya había sido recomendada por las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán en el año 2011: más allá de su función reparado-

---

(\*) Abogado; exprofesor titular por concurso de Derecho Civil II (Obligaciones) (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - UNL); exprofesor titular de Derecho Civil II (Obligaciones) (Facultad de Derecho y Ciencia Política - Universidad Católica de Santa Fe); exvocal de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe; profesor invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay (Montevideo, Salto); autor de una profusa cantidad de trabajos en la especialidad (derecho privado, procesal y ambiental), publicados en revistas jurídicas en el país y en el extranjero; director académico en cursos de posgrado (UNL); exdirector del Instituto de Derecho Civil (UNL); miembro académico de honor del Núcleo de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo, Uruguay); comentarista de Códigos de Procedimientos y del extinto Código Civil y coautor de libros de la especialidad; miembro del Comité Académico de la *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Ed. La Ley; miembro de la subcomisión designada para colaborar con la comisión designada para elaboración del Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación; profesor honorario (UAI, 2014); exdecano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica de Santa Fe.

ra o resarcitoria, la responsabilidad civil tiene una función preventiva (art. 1708); esto es, que debe procurar evitar la causación del daño y/o su agravamiento.

No está de más señalar que, a la par de esta función preventiva, se ha ido desarrollando el denominado principio de precaución, el cual —debe resaltarse— no está contenido en aquella función preventiva, más allá de los puntos de contacto que pueden existir. Es que, mientras la prevención tiende a evitar un daño futuro, pero cierto y mensurable, por lo que opera sobre la certidumbre, la precaución carece de certidumbre, por lo que procura evitar la creación de un riesgo cuyos efectos son desconocidos.

Que, en tal inteligencia, la responsabilidad civil no se agota en su función reparadora o resarcitoria del daño sufrido, sino que persigue otro objetivo fundamental: el de procurar prevenir el daño y, si ya se hubiera producido, morigerarlo.

Los orígenes de esta función preventiva de la responsabilidad civil se encuentran en la preservación de los bienes colectivos, materia propia del derecho ambiental, expandiéndose también a la protección de los derechos de los consumidores. Pero el Cód. Civ. y Com. plantea un objetivo más amplio: la imposición en cabeza de toda persona, humana y jurídica, del deber de evitar un daño —art. 1710, inc. a)—, sea de origen contractual, sea de origen extracontractual, siempre —desde luego— que esté en condiciones de impedirlo.

Esta obligación es particularmente eficaz cuando se trata de la protección de los derechos personalísimos, tales como el derecho al honor, a la vida, a la dignidad humana y a la identidad.

## II. El deber de prevención. El daño justificado e injustificado

El deber de prevención no se agota en esa función de evitar causar un daño sino que— como y se ha dicho— abarca también la hipótesis del daño causado, imponiéndole— tanto a quien causa el daño como a quien lo padece— el deber de aminorarlo, de no agravarlo —art. 1710, inc. c)—. Un claro ejemplo de esta situación se da cuando la víctima de un daño físico no cumple las instrucciones médicas que procuran su rehabilitación plena, lo que puede provocarles incapacidades definitivas.

Por tal motivo, tanto quien está en situación de provocar un daño como quien lo puede sufrir, deben adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca ese daño, o para disminuir su magnitud. Desde luego, tales medidas deben ser tomadas de buena fe, lealmente, y serán exigibles de acuerdo con las circunstancias que rodean la situación (art. 1710, 1ª parte), lo que implica que tomar medidas sea fácticamente y jurídicamente posible.

Este deber de prevención se extiende a todo sujeto, aunque no sea quien cause el daño o quien lo sufra. La idea sigue siendo la misma: evitar el daño o procurar aminorarlo. Ahora bien, si esta circunstancia se produce y la misma víctima o un tercero toman medidas que evitan o disminuyen la magnitud de un daño, estos están facultados a reclamar de quien sería responsable de su producción, el reembolso del valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa —art. 1710, inc. b), 2ª parte—.

En el deber de prevención del daño se excluye el daño justificado. En efecto, hay situaciones en que la acción o la omisión que causa el daño puede estar justificada (por ejemplo, el causado en legítima defensa) y no es exigible en tal caso evitar el daño, pues evitarlo sería tanto como sufrirlo. Solo si la acción u omisión que provoca el daño es injustificada, ella es antijurídica.

## III. La acción preventiva

Visto que existe una obligación de prevenir el daño o aminorarlo si se hubiese producido, dice el autor a quien sigo que este deber se impone sin necesidad de requerimiento de ningún tipo, y recae sobre toda persona en cuanto de él dependa.

En virtud de ello, toda persona está obligada a tomar las medidas necesarias para contener los riesgos o evitar los peligros, sin necesidad de contar con una autorización especial, sea administrativa, sea judicial. Así, por ejemplo, quien abre un pozo está obligado a cerrarlo o a tomar las medidas necesarias para evitar que alguien pueda caer en él.

Además de tal obligación de prevención, el Cód. Civ. y Com. prevé la llamada acción preventiva, cuyo objeto es lograr, por vía judicial, que el juez tome las medidas necesarias que neutralicen cualquier acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o su agravamiento (art. 1711, 1ª parte).

La antijuridicidad del art. 1717 abarca cualquier acción u omisión que cause un daño no justificado y que da pie a su resarcimiento. En cambio, el daño no pudo haberse producido si estamos hablando de la función preventiva de la responsabilidad. Es que, si ya se produjo el daño, solo queda resarcirlo, pero no podrá ser prevenido.

Por otra parte, cuando estamos ante la función resarcitoria de la responsabilidad civil, habrá que determinar cuál es el factor de atribución del daño (factores subjetivos y objetivos). En cambio, cuando estamos ante la función preventiva de la responsabilidad civil, expresamente se dispone que no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución (art. 1711, *in fine*). Lo que importa es que pueda provocarse un daño futuro que no beneficia a ningún interés legítimo. Es que, no habiéndose producido el daño todavía, no existe una acción u omisión injustificada productora del daño.

La antijuridicidad se da —en el caso de función preventiva— en el hecho de no tomar las medidas necesarias para evitar el daño, que

constituye en sí mismo una violación del deber genérico de prevención del daño que la propia norma prevé. Es que la ley impone a toda persona un deber de previsión respecto de las consecuencias potencialmente dañosas que pueden provocar sus acciones u omisiones, y ello más allá de que se cuente con una autorización administrativa.

Finalmente, si el daño ya se produjo, lo que debe procurarse es su aminoramiento. Pero, claro está, la antijuridicidad ya no puede referirse al deber genérico de prevenir el daño; ahora la antijuridicidad se vincula con la acción u omisión que ha causado un daño no justificado en el ejercicio regular de un derecho, en la legítima defensa o en la evitación de un daño mayor (art. 1718).

Además de la antijuridicidad, el art. 1711 pone en claro otros requisitos necesarios para entablar la acción preventiva. Ellos son: i) *la amenaza de un daño injusto o el perjuicio amenazante*, lo que importa una premonición de daño, que aparece con temor fundado; ii) el perjuicio como una *consecuencia previsible* y no meramente remota, esto es que la actividad antijurídica debe ser idónea para causar o continuar causando un determinado daño, con criterios de previsibilidad objetiva; iii) *la posibilidad material* de detener la conducta.

#### IV. Cuestiones procesales

Están legitimados para iniciar la acción preventiva y, consiguientemente, hacer el reclamo tendiente a evitar el daño o aminorar el ya producido, quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712). Entre los legitimados están no solo aquellas personas que tiene un interés razonable en la prevención del daño a sí mismos o a sus bienes, sino que también lo están aquellas otras que procuran evitar un daño a un derecho de incidencia colectiva, en tanto acrediten el interés afectado, y entre las que cabe incluir a las asociaciones de consumidores, al defensor del pueblo y a los propios perjudicados.

La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, que permitan evitar el daño, o aminorarlo si ya se ha producido

(art. 1713, 1ª parte). Desde luego, para poder dar una respuesta adecuada al daño que se presenta como inminente o que ya se hubiese producido y se procura su morigeración, la acción deberá tramitarse por la vía más abreviada que la legislación procesal prevea.

Es importante resaltar dos cuestiones. La primera de ellas, que el juez puede tomar las medidas que quien promovió la acción haya pedido, pero no está obligado a ello, sino que puede tomar otras diferentes, más idóneas, que persigan el mismo objetivo de evitar el daño o aminorarlo. La segunda, que tales medidas pueden tener carácter definitivo o provisorio, lo cual facilita el debate sobre si las acciones cuestionadas son o no causantes de un daño, o si efectivamente permiten aminorar o no el daño ya causado. Las medidas de carácter definitivo solo pueden ser tomadas luego de un debate exhaustivo y con amplia producción de prueba. En cambio, las medidas provisionales se ajustan a procesos más abreviados (amparo, medidas autosatisfactivas, tutela inhibitoria), con limitada producción de prueba, que permiten frenar los daños que pueden producirse, atendiendo sobre todo al peligro que la demora puede generar, dejando la solución definitiva a las resultas del proceso judicial.

Para la toma de estas decisiones, el juez debe poner en práctica aquellas medidas que provoquen la menor restricción posible de los derechos en juego y que constituyan el medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (art. 1713, *in fine*). La solución es lógica porque no es posible evitar todo daño; en efecto, existen riesgos que la sociedad asume para mejorar su calidad de vida. Es el caso de los automotores que, sin lugar a dudas, son potencialmente productores de daños, pero que no pueden ser suprimidos con el argumento de que es necesario evitar tales probables daños (1).

Digamos también que la función preventiva comprende: 1) las medidas cautelares clásicas de los códigos procesales locales; 2) las medidas

(1) BORDA, A. - FOSSACECA, C. A. (h) - UBIRÍA, F. A. - MÜLLER, E. C. - WERLEN, C., "Derecho civil y comercial. Obligaciones", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., ps. 342-346.

cautelares de creación doctrinaria y jurisprudencial (pretorianas o atípicas); 3) las medidas preventivas de derecho sustancial o privado previstas en el Cód. Civ. y Com. (v.gr., arts. 9º, 721, 722, 1032, 1710 a 1713, etc.); 4) las medidas cautelares y preventivas reguladas en las leyes especiales (derecho ambiental, del consumo, etc.); 5) si bien las medidas cautelares o previsionales son de naturaleza procesal, tienen función preventiva (2).

También creo, junto con Galdós, que la prevención o anticipación del daño constituye un nuevo paradigma del derecho privado, un principio general del derecho, que va mucho más allá de la de la responsabilidad civil, porque está receptado transversalmente en todo el nuevo Cód. Civ. y Com., que se emplaza en la unidad sistémica del derecho privado, apoyado en el trípode de reglas, principios y valores (arts. 9º a 11, 52 a 54, 59, 70, 71, 338, 721, 722, 962, 1062, 1641, 1673, 1717 a 1720, 1722, 1725 a 1729, 1749, 1750, 1751, 1982, 2003, 2035, 2069, 2238, 2602 y ccds.) (3).

## **V. El desarrollo científico contemporáneo. Regularidades y tendencias al servicio de la medicina moderna**

El Dr. Cabal Mirabal nos dice que las regularidades y las tendencias más importantes de la revolución tecnológica se pueden resumir en:

1. En la medicina se han hecho más evidentes, cuantificables y transformables las relaciones entre las biomoléculas y las otras estructuras del ser humano. Los procesos fisiológicos son más expresables a través de cifras, fórmulas, algoritmos y modelos. Los criterios cuantitativos manifiestan con más rigor los estados normales y patológicos de las biomoléculas, las células, los tejidos, órganos y organismo humano. Nacen métodos más precisos para conocer en tiempo real, la cantidad, la movilidad, formas de interacción de las moléculas, los metabolitos y las células que facilitan un diagnóstico y un actuar

(2) GALDÓS, J. M., "La prevención del daño. Primera parte", RCD 302/2021, p. 2.

(3) GALDÓS, J. M., en TOBÍAS, J. (dir.), "Las nuevas tecnologías y el derecho", Academia Nacional del Derecho. Instituto de Derecho Civil, Ed. La Ley, 2020.

en los procesos a esos niveles con una mayor eficacia terapéutica.

2. El diagnóstico y la terapéutica médicas se fusionan aceleradamente.

3. Convergen los estudios anatómicos de alta resolución espacial (observación y caracterización de detalles más pequeños) y los fisiológicos con creciente resolución temporal (evaluación de procesos más veloces). Los órganos, los tejidos, los fluidos, los canales neuronales y las células son estudiados en condiciones fisiológicas reales. Resultan más evidentes las relaciones entre las estructuras y las funciones entre todos los niveles biológicos; la anatomía y la fisiología se funden.

4. Las fronteras entre especialidades médicas y de estas con otras ramas del saber se hacen difusas. Son indispensables enfoques multidisciplinarios e integrales. Emergen poderosos procedimientos de tratamiento y fusión de las informaciones. Las diversas imágenes médicas, los datos de laboratorio, las curvas de electrocardiografía, electroencefalografía y otros parámetros, se integran, dando una nueva cualidad de información.

5. Las potencialidades intrínsecas de los equipos crecen incommensurablemente cuando se acoplan a una red de computadoras. Los métodos de diagnóstico, terapéutica, son más computarizados y robotizados. La telemedicina, que incluye de forma remota el diagnóstico, monitoreo y terapéutica, la actividad quirúrgica y la consulta de grupos de expertos abren puertas a la solución de situaciones habituales; por ejemplo, el monitoreo de los parámetros vitales de un diabético y suministro controlado por insulina.

6. Teorías, procedimientos y tecnologías de la ingeniería y la biología se mezclan. Es creciente el uso de los implantes biónicos (marcapasos, cocleares, oculares) y prótesis ortopédicas inteligentes, para sustituir o corregir funciones del cuerpo humano y sus órganos.

7. Por otra parte, los equipos usan biosensores y dispositivos biocompatibles que, además de alterar menos el estado del organismo humano, permiten detectar tal o cual anomalía, y a la vez cerrar el ciclo en lo que se conoce como

bio-retroalimentación, corrigiendo o compensando la anomalía. Los biosensores, basados en ingenios de la biología y de la electrónica molecular, proporcionan menor invasividad, acercan en tiempo el diagnóstico y la terapéutica y atemperan el suministro de fármacos, o acciones físico-químicas (vibraciones, temperatura, radiaciones, estímulos eléctricos y/o magnéticos) a la especificidad de cada ser humano.

8. La rehabilitación es cada vez más asistida, monitoreada y regulada con novedosos equipos que garantizan la evaluación cuantitativa y permanente de los avances logrados con los distintos procedimientos.

9. Los equipos y dispositivos son compactos, robustos, amigables, robotizados, con sugerencias inteligentes de los usuarios, de menor consumo eléctrico y transportables. Los mayores costos recaen en la sustentabilidad de la tecnología y en el alto gasto de insumos. Aumentan las exigencias técnicas de los locales donde se instalan: eléctricas y radioeléctricas, temperatura, humedad, vibraciones, entre otros.

10. Los equipos y las tecnologías ofrecen creciente confort a pacientes tanto como a operarios. No obstante, no debe desconocerse que la economía de mercado y algunos vicios sociales, engendran sucesivas aberraciones en el desarrollo de la medicina tales como el uso excesivo de la tecnología, las fragmentaciones de la atención médica, distanciamiento del médico y el paciente, entre otras. Se produce una carrera desmedida hacia nuevos modelos de equipos, determinada más que por su impacto de salud, por fines de la competencia comercial. La colosal dinámica de cambio de las tecnologías ocasiona un envejecimiento moral rápido de los equipos, a veces injustificado. La lucha por obtener parámetros récord no responde siempre a una necesidad médica verdadera, sino también a la pugna comercial. No obstante, frecuentemente, la necesidad real y la inducida por la competencia están tan intrínsecamente interrelacionadas que es difícil y riesgoso discernir entre ellas para tomar una decisión sensata a la hora de desarrollar y adquirir tecnología.

Derivado de las anteriores regularidades, se pone más de manifiesto que la asimilación y el aprovechamiento de las nuevas tecnologías re-

quieran de enfoques que rebasan el marco estrictamente tecnológico. Ante estos intensos cambios, los temas ideológicos, éticos, organizativos y culturales adquieren una importancia cardinal, por encima de los recursos materiales disponibles.

La garantía de la óptima adquisición, sustentabilidad y desarrollo de las tecnologías médicas es un problema cultural vinculado estrechamente con los sistemas de aseguramiento de la calidad, mantenimiento, de la evaluación de la efectividad e impacto y la perenne vigilancia de la tecnología. Los sistemas de formación del personal calificado y de investigación científica (médica, básica y tecnológica) son determinantes a mediano y largo plazo. Se impone que la formación abarque los niveles de pre y postgrado de todas las especialidades, médicas y no médicas.

Los gastos de explotación, mantenimiento (preventivo y correctivo) y reparación de los equipos y los días de interrupción de sus servicios, son mundialmente elevados y varían en la medida que la preparación de los operadores sea adecuada y en que exista una cultura y disciplina tecnológica que asegure la sustentabilidad, la modernización y el desarrollo de las instalaciones (4).

## VI. La medicina de este siglo

La tecnología y la medicina siguen un camino paralelo durante las últimas décadas. Los avances tecnológicos han modificado el concepto de salud y las necesidades sanitarias, están influyendo en el desarrollo de la tecnología. La inteligencia artificial (IA) está formada por una serie de algoritmos lógicos suficientemente entrenados a partir de los cuales las máquinas son capaces de tomar decisiones para casos concretos a partir de normas generales.

Esta tecnología tiene aplicaciones en el diagnóstico y seguimiento de pacientes con una evaluación pronóstica individualizada de ellos.

---

(4) CABAL MIRABAL, C. A., "Regularidades y tendencias de las tecnologías al servicio de la medicina moderna", <https://www.scielosp.org/articulo/rcsp/2008.V.34n3/1-6/y sus citas 1/9>.

Además, si combinamos esta tecnología con la robótica, podemos crear máquinas inteligentes que hagan propuestas diagnósticas o que sean mucho más eficientes en su trabajo.

Por lo tanto, la IA va a ser una tecnología presente en el trabajo cotidiano a través de máquinas o programas informáticos, que de manera más o menos transparente para el usuario, van a ir siendo una realidad cotidiana en los procesos sanitarios. Los profesionales sanitarios van a tener que conocer esta tecnología, sus ventajas y sus inconvenientes, porque va a ser una parte integral de nuestro trabajo (5).

La palabra “robot” procede de la palabra checa “robota”, que significa “trabajo duro”.

Podemos clasificar en diferentes tipos:

1. No mecánicos: La salida es una acción no mecánica como mostrar una información o mantener una conversación con el usuario humano. Entre ellos destacan los robots cuya interfaz es un sistema conversacional ya sea escrito o hablado (*chabots*) con grandes aplicaciones actualmente virtuales.

2. Mecánicos: Utilizados generalmente en la industria. Hay de varios tipos:

1. Androides: Apariencia humanoide.

2. Zoomórficos: Apariencia animal.

3. Móviles o rodantes: Transporte de cosas o personal.

4. Poliarticulados: Industriales.

La apariencia humana de los robots ha dado lugar a la denominada “teoría del valle inquietante”. “Lo inquietante” tiene su origen como concepto, en el año 1906 por Ernst Jentsch y se explica como una sensación perturbadora ante algo que es y no familiar al mismo tiempo. Una situación u objeto que se parece mucho a algo

cotidiano, que conocemos bien pero que nos genera una sensación de cierta ansiedad o malestar, sin que podamos explicar el motivo.

Esta teoría de lo inquietante se retoma en 1970 por Masahiro Mori para describir la relación entre los robots y los humanos. La relación es cada vez más positiva, siempre y cuando el robot mantenga la apariencia de robot y seamos conscientes de que se trata de una máquina. Cuando el robot va adquiriendo rasgos antropomórficos hasta llegar a presentar aspecto humano, la respuesta emocional del humano se irá haciendo cada vez más negativa hasta llegar a un punto de rechazo debido a la “inquietud” que genera.

Los *cobots* o robots colaborativos fueron inventados en 1996 por J. Edward Colgate y Michael Peshkin, profesores en la Northwest University (Kirkland, Washington) como dispositivos robóticos que manipulan objetos en colaboración con un operador humano. Actualmente están las condiciones del lugar de trabajo, visión artificial, identificación de numerosas variables como detectar errores, pudiendo comunicar dicha información a otros *cobots*. Un sector que ha tenido un aumento de un 23% de 2017 a 2018, según la Federación Internacional de Robótica (IFR).

Ya tenemos robots funcionando para la realización de pruebas y análisis de laboratorio. Así, en el Hospital Universitario de Copenhague, Gentofte (Dinamarca), un primer robot recoge la muestra de sangre y la coloca en un lector de códigos de barras. A continuación, una cámara de visión fotografía el color del tapón rosado e indica al robot que coloque la muestra en una de las 4 gradillas en función de su color. Luego un segundo robot recoge las muestras de las gradillas y manipulan alrededor de 3000 muestras diarias (unos 7-8 tubos por minuto), lo que ha mejorado los tiempos de entrega de resultados.

Ya están probando en pacientes tetrapléjicos exoesqueletos, unidades robóticas portables controladas por placas de computadora para alimentar un sistema de motores, neumáticos, palancas o sistemas hidráulicos para restaurar la locomoción. Han surgido como una nueva herramienta de rehabilitación en lesionados medulares. Sin embargo, todavía falta evidencia

(5) ÁVILA-TOMAS, J. F. - MAYER-PUJADES, M. A. - QUESADA-VAERELA, N. J., "La inteligencia artificial y sus aplicaciones en medicina I: Introducción, antecedentes a la IA y robótica", <https://www.elsevier.es/es-revista-atencion-primaria-27-avance-resumen-la-inteligencia-artificial-sus-aplicaciones.50212656720301451>.

para respaldar su aplicación clínica teniendo en cuenta su alto coste.

La universidad de Brown está explorando con tecnología Intel un proyecto de interfaz inteligente de columna que tiene como objeto utilizar la tecnología de IA para restaurar el movimiento y el control de la vejiga en pacientes con parálisis por lesiones graves de la médula espinal. Un equipo internacional de científicos ya ha utilizado una interfaz cerebro-espinal inalámbrica para evitar las lesiones de la médula espinal en un par de macacos Rhesus, restaurando el movimiento intencional de caminar en una pierna temporalmente paralizada.

La robótica en medicina no se limita a los ejemplos anteriores; las investigaciones en este campo se han dirigido a la asistencia a los pacientes y la asistencia o formación a los médicos. Así, tenemos prótesis de miembros, electroestimulación, asistentes personales, robótica de rehabilitación, robótica quirúrgica, la formación médica con simuladores robotizados y los robots de almacenaje y distribución de medicamentos.

Desde los años 60, las prótesis de miembros han evolucionado constantemente, con distintos modelos para sustituir las primeras prótesis pasivas, todavía presentes en gran parte del mundo por su menor coste, por prótesis activas, las cuales por medios mecánicos o sensores ubicados en alguna parte del cuerpo del paciente permiten mover, por ejemplo, una mano mecánica.

Hay distintos modelos y soluciones de mano en continua evolución y mejora para aumentar su funcionalidad, como las dos generaciones de manos DLR, la TUAT/Karlsruhe, la Blackfingers, la mano robótica con mecanismo extensor, la mano compuesta sensores propioceptivos o la mano Iowa fruto de un trabajo de colaboración entre universidades americanas, españolas y suecas, entre otros.

Posteriormente se empezaron a diseñar los primeros robots, puramente quirúrgicos, como asistentes del cirujano en operaciones de múltiples órganos y aparatos. Algunos modelos de robots quirúrgicos son: AESOP (acrónimo de sistema endoscópico automatizado para un po-

sicionamiento óptimo), empleado como asistente robótico controlado por voz para cirugía endoscópica, el robot estereotáctico NeuroMate, que es un sistema que se utiliza en centros neuroquirúrgicos para administrar tratamientos y realizar procedimientos de estimulación cerebral profunda, neuroendoscopia, estereoelectroencefalografía, biopsias e investigación; el extinto sistema robótico ZEUS con el que se realizó la primera telecirugía del mundo en 2001, equipo quirúrgico en Nueva York, EE.UU., el Sistema Robótico Quirúrgico Da Vinci que en versión más reciente, el sistema Vinci Xi permite una visión 3D con un aumento de hasta 10 veces y elimina el temblor fisiológico, utilizándose principalmente en intervenciones de urología, cirugía general y ginecología oncológica, también en cirugía oral y maxilofacial, cirugía pediátrica, cirugía torácica o cirugía cardíaca; Probot, diseñado para realizar prostatectomías, Robodoc para cirugía ortopédica, Acrobot para cirugía de rodilla y Cyberknife, sistema de radiocirugía robótica diseñado para tratar tumores ubicados en todo el cuerpo de manera no invasiva, entre otros.

El principal problema para su expansión es su alto coste de instalación y mantenimiento, de ahí el desarrollo de sistemas más recientes y más asequibles, como por ejemplo:

- El sistema quirúrgico Senhance, plataforma laparoscópica digital que elimina las limitaciones económicas de los sistemas robóticos actuales con instrumentos reutilizables estándar y una estrategia de arquitectura de plataforma abierta que permite a los hospitales aprovechar las inversiones en tecnologías existentes.

- El sistema robótico Flex, que permite acceder a ubicaciones anatómicas antes difíciles o imposibles de alcanzar de forma mínimamente invasivas.

- El proyecto español BROCA, también conocido como "el pequeño de Da Vinci", para el diseño y desarrollo de un sistema robótico quirúrgico de bajo coste, modular, para cirugía mínimamente invasiva centrada en cirugía pélvica y bariátrica, con sensores y efectores finales altamente maniobrables para obtener información relevante de la herramienta y su entorno, además de incorporar la sensación de tacto.

La cirugía asistida por robot ha permitido avances en el campo quirúrgico como la cirugía a distancia y la cirugía mínimamente invasiva, junto a ventajas de precisión, incisiones más pequeñas, menor pérdida de sangre, disminución del dolor y tiempo de curación menor, lo que permite tratar un mayor número de pacientes con menor tiempo de hospitalización, haciendo que sea posible realizar intervenciones que de otro modo no serían viables.

La cirugía robótica presenta una serie de ventajas y de limitaciones respecto de la cirugía mínimamente invasiva convencional. Las ventajas suelen venir de explotar fortalezas complementarias entre humanos y dispositivos robóticos.

## VII. ¿Cuál es el impacto de la tecnología en este campo?

Josep Esquirol (6) nos dice que en esta sociedad cambiante el ejercicio de la medicina debe hacerse, y así debería seguir sucediendo en el futuro, combinando conocimientos genéricos y amplios con habilidades especializadas. No debemos olvidar que el enfermo es una persona y no un cuerpo mecánico a reparar, en tanto los médicos serían los técnicos que utilizan robots e informática para ello. Todo profesional de la medicina debe tener y deberá seguir teniendo en el futuro, conocimientos, habilidades y actitudes propias del médico general o de cabecera, tan bien descritos por el médico catalán, Dr. Jordi Goli Gurina: “El ejercicio de la medicina ha sido, es y seguirá siendo, una profesión según su etimología: un compromiso público con la ciudadanía de ayudar al enfermo brindándole nuestras mejores cualidades”. Por ello debemos estar preparados para asumir este compromiso. Debemos disponer de los requerimientos propios de un buen profesional de la salud, que al mismo tiempo es una persona madura, formada como tal. Estas cualidades no se improvisan: deben haberse convertido en hábito de vida que surjan casi espontáneamente en los momentos de actuación urgente, imprevista o de crisis.

El médico no solo debe pensar en curar enfermos como única finalidad de su profesión.

(6) ESQUIROL, J. M., "El futuro de la medicina", *Tribuna Abierta del Institut Borja de Bioètica*, año XI, nro. 41, julio-sept., 2005.

Desde hace ya unos años diferentes estudios han puesto de relieve el carácter polifacético de la medicina: curar, cuidar, procurar una buena muerte, acompañar, prevenir, gestionar recursos, dirigir equipos, educar.

Ya la revista *Hastings Center Report*, del prestigioso Hastings Center de Nueva York, definió en 1996 las siguientes metas de la medicina del siglo XXI:

- Prevenir enfermedades y lesiones, y promover el mantenimiento de la salud.

- Aliviar el dolor y el sufrimiento causado por la enfermedad y las dolencias.

- Asistir y curar a los enfermos y cuidar de aquellos que no pueden ser sanados.

- Evitar una muerte prematura y velar por una muerte en paz.

Asimismo, declaró que la medicina del futuro debe ser:

- Honorable con la propia vida profesional.

- Moderada y prudente.

- Asequible y sostenible.

- Socialmente sensible, pluralista.

- Justa y equitativa.

- Respetuosa de las opciones y la dignidad humana.

Expresó además que “los profesionales de la salud deben insistir mucho en la formación, si queremos ser profesionales éticos y útiles a nuestros pacientes: a menudo ellos ya tienen más información que nosotros sobre su propia enfermedad, pero no conocimiento, que es lo que nosotros podemos ofrecer si queremos dar medicina de calidad. Formación desde el pregrado para crear hábitos de autoaprendizaje de por vida”.

El compromiso ético de formación debe estar en todo profesional de la salud, buscando el bien del enfermo. Formación en tecnologías

de la información y comunicación y en habilidades de comunicación, así como en política y economía de la salud, gestión clínica, la llamada medicina basada en la evidencia o en pruebas y atención a la multiculturalidad.

Otro de los campos en que se está experimentando hoy en día es en el uso de la clonación humana con finalidad terapéutica. La sustitución de tejidos enfermos por células madre diferenciadas, procedentes del mismo individuo, permitirá el reemplazo de tejidos sin rechazo, pues serán del propio paciente, por clonación.

Las enfermedades congénitas, infecciosas, tumores funcionales, degenerativas, digestivas, cardiovasculares, autoinmunes y diabetes se podrán tratar en un futuro. Se sustituirán por terapia génica los genes anómalos por los sanos. Inicialmente, el fracaso de la oveja Dolly, que envejeció rápidamente, fue atribuido a la técnica de la clonación, cosa que hoy se pone en duda, pues tenemos ratones clonados de tres generaciones y sanos.

Otra línea de investigación en la que se han puesto muchas esperanzas de futuro es la regeneración de órganos. Igual que la salamandra regenera su cola cuando se le corta, ahora se ha conseguido que se reproduzca la pata de un pollo implantándole el gen responsable. Cuando se aisle y sea utilizable en humanos, será de gran utilidad para muchas enfermedades: sustitución de órganos por regeneración de estos. Con ellos se habrá superado un problema actual, pues ya no serán necesarias las células madre cultivadas *in vitro*.

El envejecimiento es otro proceso que se investiga para controlarlo, dedicando muchos millones de euros y dólares. ¿Es fisiológico o es una enfermedad? ¿Es genético? ¿Se puede manipular y vivir mejor en el tiempo? En el siglo XIX, la esperanza de vida era de 40 años, en el XX llegamos a 80 años. Se asegura que dentro de pocos años llegaremos ya a los 120.

Que el médico del siglo XXI pase a ser espiritual y ético, sobrepasando el progreso científico, debiendo dejar atrás el egocentrismo.

En la medicina del futuro deberemos afrontar de manera distinta la enfermedad y la muerte. Para poder afrontar estos dilemas, se requiere la

formación de los estudiantes de pregrado y de posgrado ya en estos aspectos interdisciplinares, así como debe haber formación continuada, pues hoy en día es más que nunca necesario el aprendizaje de por vida. Europa camina en el proceso de Bolonia hacia el espacio europeo común de enseñanza superior. Está basado en centrar el aprendizaje en el alumno y en establecer las competencias profesionales que deben tener al acabar sus estudios. Con ello, estoy citando competencias profesionales de los médicos y de las profesiones sanitarias.

Combinar ciencia y humanismo con personalización de la asistencia es necesario para lograr la satisfacción del paciente y de su familia, elemento esencial de la calidad.

“La medicina del siglo XXI requiere de altas dosis de profesionalidad. Debemos hacernos acreedores de la confianza social por la calidad de nuestro trabajo, el respeto de los pacientes. Debemos cumplir nuestra obligación de rendir cuentas a la sociedad y hacerlo de manera comprensible, dando todas las satisfacciones que este espera y más. Como profesionales tenemos unos bienes internos y un código deontológico más exigente que la legislación ordinaria, y gracias a ello la sociedad nos deja tener privilegios, como el de la autonomía para controlar el contenido técnico de nuestro trabajo y el monopolio para ejercerlo”.

### **VIII. La importancia de la prevención del daño**

A tenor de lo dicho, fácil resulta advertir que toda esta nueva tecnología ayudará a los profesionales médicos en dales a sus pacientes diagnósticos más precisos y rápidos; que mejorará la calidad de vida a las personas ancianas y dependientes; que les permitirá conseguir acortar los tiempos de investigación, para lograr nuevos fármacos que resultan eficaces sobre determinadas enfermedades, tal como ha ocurrido recientemente con el COVID-19; que dará nuevas herramientas para mejorar la vigilancia, el control de pacientes monitoreados mediante los dispositivos electrónicos; que abrirá las puertas a la utilización de cuidadores robóticos; y, que acortará el trabajo de aquellos.

La contracara es que los análisis médicos a través de imágenes, que los diagnósticos a reali-

zar para determinadas patologías, su utilización en el campo de la genética, los embarazos y prótesis, no son para todos, sino para quienes cuentan con los medios económicos para recibirlos, lo cual nos lleva también al campo de la de las empresas médicas y del Estado.

Para el caso de las primeras, surgen los denominados programas de disminución de riesgos, que se basan en reportes donde se relatan fallecimientos, errores, reacciones, quejas, temores por una acción. También se puede hacer un programa de calidad que se focaliza más en el paciente que en el riesgo; se crean comités de calidad, se orienta hacia el progreso. Tanto los programas de riesgo como los de calidad tienen un gran impacto en la disminución de los daños (7), con lo cual la prevención cumplirá su rol.

Vallespinos, en una obra reciente, con la lucidez que lo caracteriza en referencia a la inteligencia artificial, los robots y las BCI, luego de referir a cómo repercute en estas áreas el tema del transhumanismo y el nuevo derecho digital que se presenta como interdisciplinario y comparte su espacio con aquella rama de la ciencia de la computación en procura de diseñar herramientas informáticas que simulen procesos de inteligencia humana que incluyen el aprendizaje, el razonamiento y la autocorrección, nos dice que en el campo médico la inteligencia artificial se presenta como una herramienta valiosa toda vez que se podrán tomar decisiones con base en miles de historias clínicas; determinará cuándo intervenir quirúrgicamente en función del reconocimiento de miles o millones de datos; precisará cuál es la fecha del parto teniendo en cuenta miles de variables que analizará el algoritmo, etc. En la actualidad existen una serie de aplicaciones orientadas a la cirugía asistida, atención virtual de enfermería, agilización de trámites sanitarios, monitoreo remoto de pacientes, atención virtual mejorada, análisis de imágenes y detección de signos diagnósticos, etc. Por su parte, la industria de la salud está evolucionando rápidamente con grandes volúmenes de datos e incrementando los desafíos a

todo lo que hace a los costos y los resultados de los pacientes (8).

Nadie duda hoy de que estos avances tecnológicos permiten mejores atenciones, mejores diagnósticos y mejores prácticas quirúrgicas, a cambio de recategorizar nuevos esfuerzos, en pos de un conocimiento mayor, con los estudios correspondientes a realizar; pero, a su vez, también se muestra claro en países como el nuestro que la llamada información y comunicación sobre la salud, el acceso a la llamada medicina digital no es para todos, sino para algunos. Los demás serán excluidos porque no podrán contar para la toma de decisiones clínicas con el apoyo de tales herramientas tecnológicas y deberán acudir, para cumplir con las exigencias de un ideal de justicia, a las acciones preventivas, que permitirán el desmantelamiento de daños evitables que en determinada circunstancia pueden ser calificados de irreparables.

De donde si, como señala Galdós, los fundamentos del instituto de la anticipación del daño inminente son de fuente convencional, constitucional y legal, constituyendo una aplicación concreta del mandato constitucional de *alterum non laedere* (art. 19, CN), puesto que como señala la doctrina, se funda en el deber de solidaridad y en la buena fe; deriva del "mínimo sentido de solidaridad humana y amor al prójimo"; tiene una evidente finalidad axiológica, con base "en el deber de cooperación, información y advertencia del daño" y en la prohibición del abuso del derecho ya que hay obligación jurídica de obrar cuando la abstención no implica el ejercicio abusivo de la libertad de actuar o no actuar (9); tendremos que concluir al amparo de lo que manda el art. 2º de la ley 26.529 ss. y ccds., que abarca tanto a los profesionales integrantes de un servicio público de salud, como a los privados dependiendo de la situación jurídica de los pacientes (afiliados, controlantes), que seguramente cuando los instrumentos técnicos de precisión se encuentren en funcionamiento, aquellos —los pacientes— harán uso de esta función de la responsabilidad civil, hoy

(7) LORENZETTI, R. L., "Responsabilidad civil de los médicos", en *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2ª ed. ampl. y act. t. I, ps. 40-41 y su cita 62.

(8) VALLESPINOS, C. G., "Tratado de derecho a la salud. Fundamentos. Principios y valores", Ed. Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 29 y ss.

(9) GALDÓS, J. M., ob. cit., primera parte, ps. 3-4 y sus citas 7 a 11.

regulada, no solo con base en lo dicho sino en procura de una igualdad que no resulte abstracta sino real, sobre todo interpelados a su vez por lo dicho por el Papa Francisco en su encíclica *Laudatio Si'*, cuando nos señala que en las condiciones actuales la sociedad mundial, donde hay tantas iniquidades y cada vez son más las personas descartables, privadas de derechos humanos básicos, el principio del bien común se convierte inmediatamente, como lógica e ineludible consecuencia, en un llamado a la solidaridad y en una opción preferencial por los más pobres. Sobre todo, si asumimos, con la razonabilidad con que se deberán atender estas

acciones, que la solidaridad a los ojos de todos supone ayuda (de la que no está exento el Estado), colaboración con los demás; mostrar interés en la búsqueda de soluciones comunes, para con ello evidenciar, venciendo indiferencias y egoísmos, que es posible en algún momento hacer efectiva la convivencia común. Debemos tomar la solidaridad como una justa causa, porque ello nos permitirá, en esta temática, contemplar a los que sufren como iguales, extremo que nos llevará a ser mejores, ya que, como bien decía Albert Schweitzer, “[e]l primer paso en la evolución de la ética es un sentido de solidaridad con otros seres humanos”.

# **COMISIÓN N° 4. CONTRATOS**

REVISIÓN Y ADECUACIÓN CONTRACTUAL



# La revisión y adecuación contractual como remedios ante el cambio de circunstancias excepcionales

Carolina Cassullo (\*)

Giselle Gomez Jolis (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Causas que motivan los cambios de circunstancias económicas y jurídicas.— III. Derechos, acciones y remedios ante los cambios de circunstancias.— IV. Revisión y adecuación.— V. Conclusión.

## I. Introducción

*Pacta sunt servanda, rebus sic stantibus.* Estas expresiones o aforismos del latín resultan la base fundamental de nuestro derecho contractual y establecen que los pactos están hechos para cumplirse, siempre que las cosas se mantengan de dicha forma. El contenido y la significación de dichos principios resultan más amplios y profundos de lo que se puede advertir a primera vista e instituyen que los derechos y las obligaciones de las partes al contratar podrían verse modificados si las circunstancias contextuales variaran y afectaran su desarrollo.

Es así como en la ley, con el paso de los años, fueron surgiendo ciertos institutos legales que procuraron soluciones de equidad en ciertas

circunstancias en donde el cumplimiento de las obligaciones se desnaturaliza respecto de lo que las partes tuvieron o debieron tener en miras respecto del riesgo propio de la contratación. Entonces, ante la ruptura del equilibrio material o económico del contrato que los contratantes han tenido a la vista al momento de celebrarlo, se podrían reevaluar las condiciones y renegociar el contrato si no desearan que se extinga (1).

De todos modos, también es menester mencionar que, en un país turbulento como la Argentina, encontrar hechos económicos realmente imprevisibles se ha vuelto todo un desafío a lo largo de los años. Con excepción de algunas pocas circunstancias, pareciera ser que todas las fluctuaciones económicas son parte de nuestra forma de vida.

Sin perjuicio de ello, la aparición de la crisis sanitaria global del COVID-19, contemplada como un hecho extraordinario, imprevisto e inevitable, y los decretos de necesidad y urgencia establecidos por el Gobierno nacional que establecieron el aislamiento social preventivo y obligatorio, generaron una alteración comple-

---

(\*) Abogada con desarrollo profesional en Dell Technologies, actualmente en HSBC Bank Argentina SA; carrera de grado (UCA), con premio a la excelencia académica por el CPACF; máster en Dirección Estratégica y Tecnológica (ITBA y EOI).

(\*\*) Abogada especialista en derecho informático con desarrollo profesional en HSBC Bank Argentina SA; actualmente en SAP Argentina SA; carrera de grado con honores (UCA); posgrado en Asesoramiento Jurídico de Empresas (UCA); posgrado de Marco Regulatorio de las Tecnologías en el Sector Financiero (UCA); carrera de especialización en Derecho Informático (UBA).

---

(1) QUAGLIA, M., "La renegociación del contrato", LL Lit., 2005, Id SAIJ: DASA050088.

ta de las circunstancias fácticas, económicas y jurídicas. Por lo tanto, ha despertado en las relaciones civiles la necesidad de buscar y desarrollar aquellos remedios y herramientas que el legislador creó para nosotros, para mitigar los daños de la pandemia y abogar por la continuación de los contratos, readecuando y revisando sus condiciones para volver al equilibrio contractual (2).

## II. Causas que motivan los cambios de circunstancias económicas y jurídicas

Para poder abordar la temática relativa a la revisión contractual, primero será necesario comprender cuáles son las causas que motivan los cambios de circunstancias económicas y jurídicas, para luego ahondar en los medios para solucionarlos.

### II.1. Imprevisión

La imprevisión, también conocida como la falta de previsión o acción de disponer lo conveniente para atender a contingencias o necesidades previsibles (3), es la primera causa de la frustración del contrato que analizaremos en el presente artículo. A la luz de dicha teoría, y tal como se mencionó con anterioridad, se debe obedecer la palabra empeñada o *pacta sunt servanda*, siempre que se mantengan las circunstancias o el contexto que acompañaron al contrato durante su celebración: *rebus sic stantibus* (4).

Originariamente, la imprevisión fue incorporada al Cód. Civil mediante la reforma de la ley 17.771, en la segunda parte del art. 1198 y hoy se encuentra receptada en el art. 1091 del nuevo Cód. Civ. y Com. en el cap. 13, "Extinción, modificación y adecuación del contrato".

El mencionado artículo establece una serie de requisitos y supuestos que deberán darse para

que se configure la imprevisión, y que esta pueda desembocar en una resolución parcial o total, o la adecuación del contrato.

El principio rector de la imprevisión se encuentra sustentado en la excesiva onerosidad sobreviniente de una de las partes de un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente o de un contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia. Resulta indispensable que dicha onerosidad sea consecuencia de una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes. El artículo asimismo establece como legitimados para proceder tanto a la parte afectada como al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato, quienes podrán requerir judicial o extrajudicialmente, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación buscando que el contrato vuelva a tener el equilibrio entre las prestaciones (5).

La redacción del artículo parece a simple vista cubrir todos los aspectos necesarios para proceder con su implementación. Sin embargo, desde su aparición en el art. 1198 y hasta la actualidad, continúa generando sentencias contradictorias debido a la ambigüedad del concepto de lo extraordinario e imprevisible. En un país como la Argentina, ciertas variaciones macroeconómicas, una alta inflación e incluso la devaluación de la moneda podrían considerarse como situaciones habituales entre los habitantes. Tal como sucede en la actualidad con respecto al COVID-19, situación que podía considerarse imprevisible en su origen considerando las medidas de los decretos de necesidad y urgencia que generaron cambios en las circunstancias contractuales, pero no en la actualidad a dos años de lo ocurrido.

### II.2. Fuerza mayor y caso fortuito

El art. 1730 del Cód. Civ. y Com. dispone que "[s]e considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado,

---

(2) GARRIDO, L., "Los contratos frente a la pandemia, existen otros remedios además de la extinción por caso fortuito o fuerza mayor y la imprevisión en el derecho argentino", *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, 2020, Id SAIJ: DACF200088.

(3) Real Academia Española.

(4) MOSSET ITURRASPE, J., "Justicia contractual", Ediar, Buenos Aires, 1978.

(5) ALTERINI, A., "Derecho de obligaciones", Ed. Abeledo-Perrot, 2009.

eximiendo de responsabilidad al deudor, excepto disposición en contrario”.

El Cód. Civ. y Com. brindó un tratamiento al caso fortuito y a la fuerza mayor como sinónimos; empero, si bien son figuras con características similares, tienen un origen y efectos diferentes.

El caso fortuito tiene su origen en hechos de la naturaleza, tales como enfermedades, terremotos, incendios, inundaciones, sequías, etc. En cambio, la fuerza mayor se vincula a hechos del hombre, guerra, huelga, hecho del príncipe/autoridad pública (6).

El acontecimiento o suceso debe ser: a) imprevisible, es decir, que no ha podido ser previsto ni pronosticarse, superando la aptitud normal de previsión que es dable exigir al deudor, en función de la naturaleza de la obligación, o inevitable, es decir, que, de haber sido previsto, era irresistible y por lo tanto el deudor, como cualquier sujeto que se encuentre en circunstancias similares, no pudo contrarrestar el suceso que obsta al cumplimiento de la obligación, a pesar de la diligencia que haya sido puesta para ello; b) extraordinario, debiendo exceder el orden natural, escapando de toda ponderación acertada o razonable (7); c) actual, es decir, que debe tratarse de un hecho que debe ser contemporáneo al momento en que correspondía cumplirse la obligación, no siendo factible alegar un hecho pasado que no tenga incidencia en el presente, ni un hecho futuro o que pueda ocurrir como una mera amenaza; d) sobreviniente al nacimiento de la obligación, por lo que el hecho debe suceder con posterioridad al nacimiento de la obligación; e) extraño al deudor, es decir que no haya participado en su producción (ausencia de culpa).

La parte que invoque la causal de fuerza mayor o caso fortuito deberá anotar a la contraparte con debida antelación. La notificación deberá incluir la mayor cantidad de información posible, los efectos sobre el cumplimiento

de las obligaciones asumidas y el modo en que afecta el contrato.

La carga de la prueba del caso fortuito o fuerza mayor recae sobre la parte que lo alega y, en caso de duda sobre la acreditación del caso fortuito, debe mantenerse la responsabilidad del deudor, porque la prueba del supuesto de excepción debe ser plena y concluyente, por ser una excepción directa del principio general contractual.

Resulta fundamental destacar que este instituto fue invocado sucesivamente durante la pandemia por contrapartes, ante el incumplimiento de las obligaciones a su cargo; empero, la jurisprudencia determinó ciertos límites para su aplicación (8).

### II.3. Frustración del fin

El Cód. Civ. y Com. prevé otra excepción para el cumplimiento de la obligación contractual en su art. 1090, al establecer que la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada.

El ordenamiento jurídico no permite que el deudor se desobligue porque su contrato se ha convertido en un mal negocio. No obstante, cuando se ven alteradas las circunstancias originales que configuraban el contexto y marco del contrato, cuya existencia o subsistencia eran determinantes para el otorgamiento de la voluntad y objetivamente necesarias para el cumplimiento de la finalidad del contrato, este puede dejar de producir sus efectos, a pedido de la parte (9).

Este instituto encuentra su fundamento en la teoría de la causa fin del contrato, que es la voluntad motora que llevó a cada parte a celebrar el contrato, el fin último por el cual la par-

(6) MOLINA SANDOVAL, C., "La relación de causalidad", en *Responsabilidad civil y seguros*, Ed. Thomson Reuters, Buenos Aires, 2019.

(7) GHERSI, C., "Teoría general de la reparación de daños", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, 3ª ed., p. 108.

(8) CNCiv. y Com., sala F, 06/08/2020, "CMATILUC SRL c. Banco de Galicia y Buenos Aires SAU. s/ medida".

(9) FREYTES, A., "Frustración del fin, condición y resolución por incumplimiento. Una acertada diferenciación jurisprudencial", LA LEY, 2016-E, 155.

te asumió determinadas obligaciones en busca de satisfacer su voluntad. Por lo tanto, al desnaturalizarse las obligaciones, desaparece el sentido funcional del contrato, donde aun cuando la prestación resulta materialmente posible, el contrato perdió utilidad ya que la finalidad común resulta inalcanzable (10).

Resulta fundamental destacar, como requisitos para poder invocar este instituto: a) que se trate de un hecho extraordinario; no es necesario que sea imprevisible, basta que sea extraño al curso normal de los acontecimientos; b) ajeno a las partes, es decir, que no hayan participado en su producción, pudiendo provenir de la naturaleza o del hombre; c) ajeno al álea asumido por una de ellas; d) la parte perjudicada no debe estar en mora, debiendo haber cumplido su prestación o estar en situación de cumplir; e) frustrar la finalidad del contrato en forma definitiva. No es factible que sea temporario o relativo. De igual forma, el Cód. Civ. y Com. establece que si media frustración de la finalidad temporaria, hay derecho a resolución solo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial. El art. 956 establece que la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.

En nuestro país, antes de su recepción normativa en el actual Cód. Civ. y Com., la figura era aplicada por la jurisprudencia, tal como se dio en el caso de la sala III de la Cámara en lo Civil y Comercial de la Plata (11), la cual invocó y aplicó este instituto ante un contrato de prestación de un servicio de lunch para un casamiento, en el cual, con varios meses de antelación, el padre de la novia contrató y pagó la totalidad del servicio. Posteriormente, el casamiento no tuvo lugar, ante el desistimiento de los novios en casarse. La Cámara invocó la frustración del fin como causa de resolución del contrato, ya que tal situación privó de sentido, razón de ser y uti-

lidad al contrato, y de causa a la retención del precio; la base objetiva del negocio era festejar las nupcias, y se frustró por el desistimiento de terceros, ya que el que contrató el servicio fue el padre y no los novios.

Este instituto debe ser invocado por la parte afectada, ya que la resolución es operativa cuando la parte afectada comunica su declaración extintiva a la otra.

#### II.4. Imposibilidad de cumplimiento

La imposibilidad de cumplimiento es un modo extintivo de las obligaciones establecido por los arts. 955 y 1732 del Cód. Civ. y Com., que permite la liberación de responsabilidad del deudor, la cual ocurrirá únicamente cuando revista ciertas cualidades específicas o presupuestos.

En primer lugar, es menester mencionar la necesidad de una imposibilidad física, tal como la desaparición del objeto de la prestación, su destrucción o su cumplimiento se torna imposible —un cirujano que tiene un accidente irreversible en sus manos; o jurídica, cuando un impedimento legal interfiere con el cumplimiento de la obligación— medidas adoptadas por el Gobierno nacional frente al COVID-19 que restringieron la circulación e imposibilitaron la entrega de productos acordados.

Asimismo, el art. 955 del Cód. Civ. y Com. sostiene que la imposibilidad debe ser producida por caso fortuito o fuerza mayor, ser sobreviniente —ser posterior a la generación de la obligación— y objetiva —ser imposible para cualquier persona que atravesase dicha situación, teniendo en consideración el contexto y las cualidades características de la situación—.

Resulta fundamental mencionar que, adicionalmente a las características anteriormente mencionadas, es necesario que la imposibilidad sea absoluta, es decir, independiente de quién sea el deudor, y definitiva. En aquellos casos que no fuese definitiva y sí sea temporaria, aplicaría el supuesto del art. 956 del Cód. Civ. y Com., donde la imposibilidad tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.

(10) MASSA, H., "La revisión del contrato en tiempos de pandemia", en *Desafíos del coronavirus al derecho. Mirada del derecho argentino con aportes del derecho comparado*, 2020.

(11) CCiv. y Com. N° 1 La Plata, sala III, 30/07/1987, "Dominella c. Panadería y Confitería Argentina".

Toda imposibilidad deberá no ser imputable al deudor ya que, en caso contrario, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados.

En lo que respecta al art. 1732 del Cód. Civ. y Com., se exigirá únicamente una imposibilidad objetiva y absoluta, teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos.

### III. Derechos, acciones y remedios ante los cambios de circunstancias

#### III.1. Suspensión

El Cód. Civ. y Com. prevé un remedio diferente ante el incumplimiento: prevé una *exceptio non adimpleti contractus*, es decir, una excepción al contrato no cumplido.

En su art. 1031, el Cód. Civ. y Com. introduce la figura de la suspensión para aquellos contratos bilaterales, cuando medien obligaciones simultáneas entre las partes; ante el incumplimiento de una de ellas, la otra puede solicitar judicialmente, por acción o excepción, la suspensión del cumplimiento de la prestación a su cargo, sin entrar en mora, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir.

Esta figura tiene su fundamento en el principio de buena fe, ya que una parte no puede reclamar a la contraria el cumplimiento que le es debido, si no ha cumplido por su parte con el compromiso asumido o bien ha ofrecido cumplirlo.

Asimismo, también se fundamenta en el principio de conservación del contrato, ya que posterga su cumplimiento hasta que la otra pueda cumplir, restableciendo el equilibrio contractual y la simultaneidad de las prestaciones contrapuestas, asegurando así, la supervivencia del vínculo contractual.

El art. 1032 del Cód. Civ. y Com. prevé otra figura, que es la tutela preventiva, donde una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia.

La suspensión y la tutela preventiva son institutos similares, que operan como medidas de autoprotección frente a situaciones sobrevinientes que impiden que el cocontratante cumpla con la prestación a su cargo (pérdidas patrimoniales significativas, no necesariamente estado de falencia, clausura del establecimiento, dificultades graves en el transporte, etc.).

No obstante, la diferencia base radica en que para la suspensión debe tratarse de cumplimientos simultáneos, en cambio, para la tutela preventiva, el cumplimiento de las obligaciones puede ser diferido en el tiempo o sucesivo, basándose en la carencia de fundamento que una parte cumpla, cuando la otra es seguro o muy probable que no lo hará.

Resulta fundamental mencionar que, tanto la suspensión como la tutela preventiva, quedan sin efecto cuando la otra parte cumple o da garantías suficientes de que el cumplimiento será realizado.

#### III.2. Rescisión

La rescisión es una de las herramientas que por mutuo acuerdo pueden elegir las partes para extinguir el contrato en caso de que este no produzca los efectos deseados. Dicha extinción bilateral se funda en la autonomía de la voluntad y el acuerdo de las partes.

En principio, y según la normativa, no produce efectos para el futuro, solo produce efectos *ex nunc* —hacia adelante—, pero el instituto tiene la particularidad de permitir a las partes acordar lo contrario si así lo desearan.

En lo que respecta a los derechos de terceros, siempre los efectos serán *ex nunc*.

Asimismo, la rescisión puede ser unilateral, parcial o total, mediante la declaración de una de las partes, en todos aquellos casos en que la ley así lo permitiera, tal como la rescisión del contrato de trabajo por parte del trabajador.

En lo que respecta a la rescisión unilateral, revocación y resolución —detallada a continuación— el Cód. Civ. y Com. en su art. 1078 establece reglas generales que deben ser cumplidas, a saber: a) el derecho se ejerce comunicando a todas las partes involucradas; b) se

puede declarar judicial o extrajudicialmente; c) la otra parte puede oponerse a la extinción; d) la extinción no queda afectada por la imposibilidad de restituir que tenga la parte que no declaró; e) se puede optar por requerir el cumplimiento y reparación de daños; f) la extinción se produce de pleno derecho y no puede exigirse el cumplimiento con posterioridad; g) la demanda judicial por extinción impide exigir el cumplimiento con posterioridad; h) la extinción del contrato deja subsistentes las estipulaciones referidas a las restituciones, a la reparación de daños, a la solución de las controversias y a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la extinción.

### III.3. Resolución

La resolución es otra de las herramientas que el Cód. Civ. y Com. brinda a las partes, mediante la cual se extingue la relación contractual frente al acaecimiento de un hecho posterior a la celebración. En principio, el hecho debe estar determinado por las partes, tal como puede ocurrir con la incorporación de un pacto comisorio expreso, una condición resolutoria, entre otros; o determinado por la ley, tal como la imposibilidad de cumplir el pacto comisorio tácito, entre otros. Asimismo, deben cumplirse las reglas generales mencionadas en el apartado anterior, correspondientes al art. 1078 del Cód. Civ. y Com.

Es importante destacar que, en el caso de la resolución, los efectos siempre son *ex tunc* o retroactivos y no afectan el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe, tal como lo establece el art. 1079 del Cód. Civ. y Com.

En lo que respecta a prestaciones, el Cód. Civ. y Com. va a determinar un tratamiento diferenciado según si ellas fueron cumplidas o no, donde las primeras quedarán firmes y producirán sus efectos y las segundas no se deberán cumplir ni ser reclamadas por la otra parte.

Finalmente, en el caso de que la parte cumplidora desee exigir un resarcimiento, se deberá identificar si la resolución del contrato es o no originada por la frustración de la finalidad, ya

que en caso de ser afirmativo no será permitido por la ajenidad del evento frustrante (12).

### III.4. Readecuación y revisión

La readecuación será el último remedio o herramienta que evaluaremos en este artículo, el cual se encuentra estrechamente vinculado con los principios de buena fe y permite la subsistencia del vínculo contractual (13).

## IV. Revisión y adecuación

### IV.1. Fundamentos

La revisión, refiere etimológicamente a la acción de revisar o someter una cosa a nuevo examen para corregirla, enmendarla o repararla (14). Por lo expuesto, la revisión del contrato supone una modificación y readecuación del estado inicial del negocio, arribando las partes a una nueva situación producto del nuevo examen (15).

En lo que respecta a la norma, esta permitirá el reajuste del contenido del contrato, para recomponer el equilibrio, permitir la subsistencia del vínculo contractual y evitar así su extinción. Las partes podrán establecer contractualmente el hecho o acto desencadenante de la revisión, pero también podrán, teniendo en miras a la autonomía de la voluntad, espontáneamente iniciar una revisión cuando adviertan alteraciones en las circunstancias para evitar su extinción.

En lo que respecta a su determinación de forma previa, las partes pueden incorporar: i) fórmulas generales como cambios en las ecuaciones económicas; ii) enunciados puntuales como el aumento porcentual de algún índice; o iii) revisiones periódicas sin necesidad de

(12) DE LA TORRE DE YANZÓN, E., "La frustración de la finalidad del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista Jurídica Región Cuyo*, 2021, IJ-MC-CXXIV-41.

(13) VERGARA, L., "La readecuación contractual", *LA LEY online*, AR/DOC/2566/2020.

(14) Real Academia Española.

(15) NICOLAU, N., "La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevenidas", *Revista Lexis Nexis*, 2002.

causa. Asimismo, las partes deberán determinar cuáles serán los procedimientos de negociación, la asistencia o no de terceros y el período de negociación indicando el plazo máximo para lograr un acuerdo **(16)**.

Este tipo de cláusula contractual, también denominada cláusula *hardship*, establece un conjunto de pasos mediante los cuales se hará la revisión de las nuevas circunstancias. Es una cláusula *rebus sic stantibus* perfeccionada de uso frecuente en el mundo de los negocios, y se diferencia con la imprevisión ya que es convenida entre partes, estableciendo criterios de aplicabilidad y con hechos generalmente más laxos que la imprevisión **(17)**.

Es menester destacar que lo acordado es plenamente una obligación de medios entre las partes, ya que de ningún modo podrán asegurar o garantizar que podrán arribar a un acuerdo, y para ello deberán actuar con los principios detallados en el título precedente **(18)**.

El esfuerzo compartido será, muchas veces, lo necesario para lograr una correcta revisión y adecuación para que el contrato sobreviva; y es por ello que el derecho puede ser ejercido por ambas partes.

El COVID-19 nos ha permitido transitar y analizar diversas situaciones en las que aquellas partes que cumplieron sus obligaciones contractuales fueron quienes iniciaron o solicitaron la revisión. Esto sucedió en función de que advirtieron que las prestaciones no podrían ser cumplidas por este hecho internacional imprevisible e inevitable y las disposiciones locales tomadas por el Gobierno nacional, y decidieron impulsar la revisión. De esta forma, pudieron renegociar términos comerciales, plazos, precios, entre otros sin perjudicar a la otra parte y apostando a la supervivencia del acuerdo, estableciendo un esfuerzo compartido. Pero también esta crisis sanitaria mundial expuso la

falencia de muchas previsiones contractuales, planes de contingencia y distribución de riesgos en las negociaciones contractuales. Por lo tanto, tenemos que aprovechar esta circunstancia para aprender de ella y comenzar a diseñar los contratos con equivalencias pactadas sobre los esfuerzos y permitir revisiones en caso de cambios en las condiciones pactadas para que ninguna de las partes se perjudique con ellas.

#### IV.2. Principios

La adecuación y la revisión del contrato operan como instrumentos correctores del derecho, teniendo su fundamento en diversos principios generales del derecho, tales como:

I) Principio de buena fe: es el principio contractual por excelencia, siendo un imperativo ético esencial. El Cód. Civ. y Com. establece que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Por lo tanto, el deber de revisión y adecuación contractual debe darse en forma voluntaria entre las partes, como instancia preceptiva, previa y subsidiaria a la intervención judicial **(19)**.

Resulta fundamental mencionar que cada parte no tiene la obligación de llegar a un acuerdo, pero si tienen el deber moral en realizar los mejores esfuerzos para modificar o adecuar el contrato, mitigando razonablemente sus efectos, restableciendo el equilibrio contractual, evitando así, su terminación.

II) Principio de conservación del contrato: el Cód. Civ. y Com. establece que, si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de su continuidad y conservación.

Resulta fundamental, que toda interpretación, aplicación y ejecución sean realizadas a los efectos de conservar la voluntad de las partes, la cual fue celebrar el contrato.

Este principio deriva del de buena fe; por lo tanto, cuando suscitan anomalías imprevistas y extraordinarias que alteran sustancialmente el equilibrio contractual, es deber de las partes co-

(16) QUAGLIA, M., ob. cit.

(17) ALTERINI, A., "Derecho de obligaciones", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

(18) HERNÁNDEZ, C., "Las diferentes manifestaciones de la revisión contractual", LA LEY 2003-B, 1443, Id SAJJ: DASF060086.

(19) NICOLAU, N., "El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato", en *Tratado de la buena fe en el Derecho*, 2004.

laborar, cooperar y actuar con espíritu de justicia y equidad para con la otra parte, a modo de restablecer el equilibrio económico entre ellas, y conservar el vínculo contractual **(20)**.

III) Principio de autonomía de la voluntad: los acuerdos se rigen por la autonomía de voluntad de partes, es decir, son celebrados con discernimiento, intención y libertad. Es por ello que el Cód. Civ. y Com. otorga a las partes plena autonomía para efectuar una revisión y adecuación del contrato, en tanto no se vean vulnerados el límite de la ley, la moral, las buenas costumbres ni el orden público.

Es menester la existencia de una comunicación fluida, clara y transparente entre las partes, ya que contribuye a que, en situaciones de crisis, las partes negocien un ajuste en las condiciones contractuales y fortalezcan el vínculo de confianza de cara al futuro **(21)**.

La revisión y adecuación contractual originaria de la voluntad de las partes, tal como se abordó en el apartado anterior, puede darse porque: a) los contratantes espontáneamente, ante las alteraciones del contrato, decidan ingresar en un período de renegociación; b) las partes ya hayan incorporado previamente una cláusula que prevea la necesidad de recurrir a la renegociación ante el acaecimiento de determinados supuestos.

#### *IV.3. Tipos de revisión y adecuación contractual prevista por el Código Civil y Comercial*

El derecho de revisión y adecuación contractual que tienen los contratantes puede ser ejercido por vía judicial o extrajudicial.

##### IV.3.a. Extrajudicial

Por contrato se entiende un acuerdo de voluntades, en el cual crean, regulan, modifican transfieren o extinguen relaciones jurídicas de índole patrimonial. Por lo expuesto, son las partes las primeras facultadas para proceder, me-

---

(20) VÁZQUEZ FERREYRA, R., "Pandemia, normativa y el regreso a los principios", 2020.

(21) MOSSET ITURRASPE, J., "La excesiva onerosidad sobreviniente y la acción autónoma de revisión", LA LEY, 2006-A, 647.

dante común acuerdo, a una modificación y adaptación del contrato primitivo, a la nueva realidad fáctica, económica y jurídica que constituyen el contexto o marco del contrato **(22)**.

La solución más eficiente y equitativa frente a las crisis económicas y sociales que pueden impactar la dinámica del *iter* contractual, es la revisión y adecuación por las partes, con base en la autonomía y la autodeterminación, arribando a un nuevo acuerdo, reacomodando así las respectivas prestaciones y conservando la plena vigencia del contrato.

Dentro de este marco, la veracidad y objetividad de la información, es determinante y decisiva, para llegar a una correcta adecuación. En efecto, es menester que, durante este proceso, cada parte internalice los efectos que podrían derivar si no logran arribar al acuerdo, las posibilidades de perjuicios, un análisis de costos y beneficios, tiempo invertido en la renegociación, dejando de lado sus propios intereses y priorizando el bienestar común **(23)**.

El Cód. Civ. y Com. prevé otros medios de solución de controversia en el marco del cual podría darse como efecto un acuerdo o laudo, que dé lugar a una revisión y adecuación contractual.

Ambos son instrumentos de los cuales pueden valerse los particulares para instaurar un sistema de administración de justicia que permita resolver el conflicto prescindiendo del Poder Judicial, con mayor celeridad y menos costos.

La mediación es un proceso no contradictorio de resolución de conflictos, estructurado en etapas secuenciales, en las que el tercero neutral conduce la negociación entre las partes, dirige el procedimiento, absteniéndose de asesorar, aconsejar, emitir opiniones o proponer fórmulas de arreglo.

El mediador aparece como una ayuda técnica cuando la negociación directa no ha teni-

---

(22) NICOLAU, N., "La revisión...", cit.

(23) QUAGLIA, M. y RASCHETTI, F., "Herramientas jurídicas para la pandemia y post-pandemia: la renegociación del contrato", 2020.

do frutos, y su función consiste en distender el conflicto, en transformar en colaboradores a los enemigos, a ayudar a que las partes alcancen su propia solución, ya que, en este proceso, ambos deben salir totalmente satisfechos con la solución a la que arribaron, y con el sentimiento de que ambos salieron victoriosos.

Por otro lado, el arbitraje también es un modo alternativo de solución de conflictos donde las partes deciden someterse ante un conflicto a árbitros o amigables componedores, en un ámbito confidencial donde regularmente participan en partes iguales en la elección de los árbitros, quienes emitirán un laudo arbitral ejecutable ante la justicia y con vocación de instancia única.

Durante el arbitraje, las partes exponen los puntos litigiosos, sus pretensiones, donde luego el árbitro procede a emitir un laudo arbitral, que es la resolución que dirime el conflicto.

Esta vía alternativa presenta las siguientes ventajas: a) ser un foro neutral para resolver las disputas; b) los árbitros pueden ser especialistas en la materia objeto de la disputa (construcción, seguros, energía, etc.), asegurándose así una resolución de alta calidad técnica; c) la celeridad, ya que el arbitraje conduce a una resolución de la disputa en un período más breve que los procesos judiciales; d) la confidencialidad, ya que las partes pueden optar por una absoluta confidencialidad de todo el proceso, al igual que la resolución no tiene ninguna publicidad, a diferencia de los procesos judiciales; e) costos, el arbitraje es un proceso menos dañoso en costos que la litigiosidad; f) ejecutabilidad, los laudos son ejecutables. Ella debe ser solicitada ante un juez de primera instancia mediante el proceso de exequátur.

#### IV.3.b. Judicial

La segunda opción que poseen las partes frente a la revisión contractual incluye la intermediación de un juez. Esta vía de negociación muchas veces es designada expresamente en los contratos mediante elección de fuero, pero otras veces se accede a esta vía frente a la falta de cooperación de una de las partes de la relación contractual o la falta de acuerdo en una renegociación.

Originariamente, la intervención judicial en este tipo de casos resultaba acotada; sin embargo, con el pasar de los años y la aparición del Cód. Civ. y Com., las atribuciones y facultades judiciales se ampliaron, generando así polémica en su actuación debido a que podría llegar a interpretarse como un avasallamiento sobre la autonomía de voluntad de las partes. El Cód. Civ. y Com. establece que los jueces designados tendrán la tarea de revisar y adecuar el contrato, estableciendo la modificación en las prestaciones y obligaciones de las partes. Asimismo, insta a los jueces a dilucidar los contratos conforme a las circunstancias en las que se celebró, negociaciones preliminares, conducta de las partes, naturaleza y finalidad de aquel.

La justicia ha sido coherente en los últimos años en relación con el esfuerzo compartido que desarrollamos en apartados anteriores, exigiendo la renegociación ante hechos imprevisibles y sobrevinientes (24). Pero, además, principalmente en relación con la aparición imprevista del COVID-19, tal como el caso "H. B. de B. A. c. Z. G. S. S s/ medidas precautorias", donde la Cámara confirmó la necesidad de un esfuerzo compartido para renegociar las obligaciones del contrato utilizando un promedio de cotización del dólar evitando su extinción (25).

#### V. Conclusión

A modo de conclusión, resulta relevante que las partes tengan en cuenta que, cuando se celebra un contrato, este se está insertando en una realidad económica y social, la cual varía. Es por ello que la revisión y la adecuación contractual tomó especial relevancia durante la pandemia, para mitigar los daños que ocasionaron a las relaciones contractuales.

El COVID-19 fue un acontecimiento extraordinario, imprevisto e inevitable, que nos ha llevado a diversas crisis, dejando expuesto múltiplo

(24) T. de Gestión Asociada de Mendoza, 09/09/2021, "Azulay, Marcos E. c. BBVA Banco Francés SA p/ proceso de consumo", AR/JUR/171135/2021; reemplazo del índice de actualización en Unidades de Valor Adquisitivo por una tasa fija, a un crédito hipotecario UVA en función de haberse tornado de difícil cumplimiento para el actor.

(25) JNPICiv. N° 45, 21/08/2020, "H. B. de B. A. c. Z. G. S. S s/medidas precautorias", expte. 23123/2020.

tiples falencias que tenían implícitas distintos ámbitos de nuestra vida, ámbitos en donde el mundo contractual no quedó exento.

Resulta fundamental destacar que, si bien durante la pandemia quedó expuesta la imperfección de los contratos en materia de previsión y distribución de riesgos, lo cierto es que en un país tan turbulento como la Argentina, el acontecimiento de hechos imprevisibles que impacten el equilibrio económico contractual, se volvió parte de nuestra cotidianeidad hace años.

En un mundo postpandemia, la incorporación de cláusulas específicas en materia de revisión y adecuación contractual se resignifica y potencia como herramienta judicial o extrajudicial, de prevención, mitigación y contención de daños, sensible a las circunstancias fácticas, sociales y económicas que lo rodean.

Por lo expuesto, los contratos no deben convertirse en una fuente inagotable de conflictos, ni volverse tan estrictos ni duros en su redacción, ya que caso contrario, se prescindiría de ellos. Es de suma importancia, que las cláusulas que se incorporen sean elaboradas con los recaudos y detalles necesarios tanto sobre su

procedencia como sobre el mecanismo de implementación e incidencia en el contrato durante su desarrollo, a fin de evitar en lo posible su eventual judicialización.

La revisión y la adecuación contractual son figuras cuyo principio rector es la buena fe, de ahí la importancia del compromiso y predisposición de las partes, en someter al contrato a una segunda revisión, tratando de conciliar, lograr una armonía justa y equilibrada.

Como mencionamos en apartados anteriores, las partes no tienen la obligación de llegar a una adecuación, pero sí están obligadas moralmente a intentarlo, explorar alternativas realizando un esfuerzo compartido basado en la solidaridad y fraternidad, y ponderar la supervivencia del contrato y de la relación comercial.

En función de todo lo expuesto, aprendiendo de nuestros errores y tomando la experiencia que nos ha dado la pandemia, debemos tener una mirada más comprensiva y equitativa en la redacción y revisión de nuestros contratos, para poder evolucionar como sociedad y arribar a una mayor perfección contractual.

# La revisión y la adecuación como remedios frente a las crisis o desajustes contractuales

Lidia M. R. Garrido Cordobera (\*)

**Sumario:** I. El punto de partida. El contrato como instrumento de previsión y de distribución de riesgos. Especial mirada sobre contratos paritarios.— II. La jerarquía del contenido contractual y el dilema de la extinción o la adecuación contractual.— III. La realidad que nos interpeló.— IV. Situaciones jurídicas vinculadas.— V. La revisión y la adecuación contractual.— VI. Volviendo sobre algunas ideas.— VII. La buena fe como principio vinculado. Facultades de los jueces.— VIII. El proceso de la renegociación o el volver a negociar.— IX. Soluciones extrajudiciales de adecuación o renegociación contractual.— X. Solución del contrato de larga duración.— XI. Exhortación final.

## **I. El punto de partida. El contrato como instrumento de previsión y de distribución de riesgos. Especial mirada sobre contratos paritarios**

El contrato, si lo tomamos cuantitativamente, es la fuente primordial de obligaciones patrimoniales, pero su concepto y alcances no han permanecido inmóviles en el tiempo; ha ido aceptando las diferentes corrientes filosóficas e históricas y solemos aludir a él como programa de prestaciones relacionales.

Recordemos a modo de ejemplo que para Mac Neil el contrato es un instrumento de previsión de futuro que utiliza de manera accesoria la voluntad de las partes, siendo sensible a los cambios de la realidad social, ya que existe una relación entre el contrato y las circunstancias que lo rodean, y que para Posner sería un

instrumento de coordinación eficiente que debe utilizarse por las partes de manera no oportunista, a fin de evitar costosas medidas de autoprotección.

Podemos decir que, celebrado el contrato, es razonable entender que él se extinguirá por el cumplimiento de las prestaciones convenidas por las partes al momento de prestar el consentimiento, pero si bien esto sucede en la mayoría de los casos, hay ciertas situaciones que suelen acarrear la intervención judicial o la necesidad de que las partes vuelvan a plantearse su proyecto común. Veremos que tendremos ambos ámbitos de aplicación y supuestos especiales.

Creemos que es trascendente señalar que no siempre el contrato se extinguirá, sino que habrá cabida para una revisión contractual, entendiéndose por tal actividad ese volver a ver las circunstancias que puedan permitir que no se produzca esa ruptura abrupta no querida por las partes al contratar, para que el contrato sobreviva frente a estas contingencias.

Desde el siglo pasado se habla en la teoría de los contratos del denominado “contrato perfecto”; estamos ante él cuando las partes contratantes, antes de concluir el contrato, se han

---

(\*) Catedrática de Contratos Civiles y Comerciales y de Derecho del Consumidor (UBA); docente investigador Cat. 1 del Ministerio Educación; doctora en Derecho (UBA); posgraduada en Derecho de Contratos y Daños (Universidad de Salamanca) y Derecho Continental (Universidad París Assas); especialista en Derecho Registral (Universidad Notarial Argentina); académica correspondiente por Corrientes ANDCSC.

puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución.

Para Shafer y Ott, el derecho contractual es el intento de reconstruir el contrato perfecto y de imputar los riesgos sobre los que las partes no se han puesto de acuerdo expresa o tácitamente, de tal forma que se maximicen las ventajas del contrato en la situación *ex ante* a su conclusión.

Se acepta una nueva manera de considerar el contrato; lo vemos como una unión de intereses equilibrados, un instrumento de coordinación legal, la obra de la mutua confianza, y se sitúa en la égida de un juez que deberá saber ser, cuando corresponda, juez de equidad.

El contrato como expresión humana se encuentra circunstanciado (1), ubicado en un tiempo-espacio, es lo que en la doctrina alemana configuró la base del negocio jurídico.

El principio de integridad de las relaciones contractuales ha estado siempre condicionado, más aun en los tiempos actuales, pero a modo de ejemplo en la etapa a la previa reforma nos basta tener presentes ciertas normas del Cód. Civil, que complementaban los principios esenciales de los arts. 21 (orden público) y 953 (objeto lícito), nos referimos a los arts. 954 (lesión), 1071 (abuso de derecho) y 1198 (buena fe), incorporados por la ley 17.711/68, para establecer cómo la intangibilidad no es tal cuando concurren superiores intereses de carácter socioeconómico y ético.

## II. La jerarquía del contenido contractual y el dilema de la extinción o la adecuación contractual

En la línea del análisis económico del derecho, la tarea de la legislación y la jurisprudencia ante un contrato alterado en el cual esa alteración no haya sido prevista, será la de maximizar

racionalmente la utilidad que consistirá en imputar el riesgo a aquel que lo puede reducir o absorberlo al menor gasto.

Hemos dicho en varios trabajos que el derecho vendría a determinar *a posteriori* cómo sería el contrato perfecto si se hubiera actuado de manera inteligente en la previsión.

Pero el derecho también actúa cuando se afecta la base o fundamento del negocio y hay que encontrar una solución paralela a los intereses de las partes, de modo que el derecho contractual tiene la tarea de reconstrucción del contrato perfecto, imputando consecuencias a través de normas supletorias al contrato o de los principios generales.

Esa reconstrucción del contrato nos lleva a los institutos correctores que cada derecho recepta; en el caso argentino tenemos el abuso del derecho, la lesión, la imprevisión, pero, sobre todo, también la buena fe y el orden público como así también las categorías contractuales con sus particularidades, según estemos en contratos paritarios de adhesión o de consumo.

Es frente a las crisis y las situaciones de cambio y ajuste donde es importantísimo el tema de la interpretación de los contratos o el de su integración, y es necesario que recordemos que son las partes las primeras facultadas, a través de una interpretación auténtica, a arribar a una modificación del primitivo contrato.

También hemos de tener presentes la revisión y la interpretación realizada por terceros pactados —árbitros o amigables componedores— o por vía judicial; debe haber conciliación y armonía en los fines individuales y los fines sociales, ya que el contrato persigue ambos.

Si bien no es el núcleo de estas líneas, creemos necesario dejar asentada nuestra posición de que la autonomía de la voluntad y la libertad son la base necesaria de ese acuerdo de voluntades y, por ello, consideramos que el art. 959 del Cód. Civ. y Com. tiene plena vigencia para lograr la modificación del contenido contractual de mutuo acuerdo o bien será recurriendo a la figura de la transacción (art. 1641, Cód. Civ. y Com.), sosteniendo que nadie mejor que las partes para ajustar el contrato a las realida-

(1) GARRIDO CORDOBERA, L. M. R., "La interpretación de los actos jurídicos", *Zeus*, 1987; *id.*, "Interpretación", en GARRIDO, R. F. - ZAGO, J. A. - GARRIDO CORDOBERA, L., "Contratos civiles y comerciales. Parte general", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014; *id.*, "La negociación y la adecuación contractual como solución alternativa de conflictos frente a la pandemia", en JALIL, Julián (dir.), *El derecho frente a la pandemia*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2020.

des cambiantes, respetando los principios de la buena fe y los deberes que de este principio emanan, como el de colaboración.

Dado que lo que técnicamente denominamos contrato debe realizar en nuestra concepción no solo un fin económico sino ético y social, esto se va a evidenciar en la adecuación contractual del programa de prestaciones en caso de afectación de la base del negocio jurídico, como ocurre en los supuestos que nos aquejan con la pandemia.

Generalmente aludimos a la adecuación en estos casos en los que se requiere un pedido, allanamiento u ofrecimiento del reajuste equitativo de una parte para salvar la extinción del contrato, que se producirá si no media esta decisión por estar frente a casos en los que el derecho habilitó a dejar sin efecto el contrato por haberse afectado la denominada base del negocio o sinalagma.

Es decir, en todos los supuestos en que se ha producido una situación anormal, que no pudo ser prevista en el momento de la celebración del contrato, o que, como en el supuesto de la lesión, haya generado un desequilibrio potencial en el plano funcional del acuerdo, la ley admite la posibilidad del reajuste que permite la subsistencia del vínculo generado con el consentimiento.

En la excesiva onerosidad la problemática no obedece a la actuación de las partes, sino que, por lo contrario, deriva de situaciones ajenas a ellas; las diferentes teorías, pues, admiten la posibilidad de que si las partes llegan a un nuevo acuerdo reajustando las respectivas prestaciones, el contrato sigue teniendo plena vigencia.

Sería el juez, en definitiva, quien, para el supuesto en que las partes no logren ponerse de acuerdo respecto de las nuevas prestaciones, establecerá, mediante una sentencia, cuáles serán las nuevas obligaciones que deben incorporarse al contrato originario.

En consecuencia, las partes podrían acudir a la justicia para requerir la correspondiente resolución judicial que fije las prestaciones para que subsista el vínculo contractual. Sea que lo solicite el actor y se avenga la parte demandada, sea que la parte perjudicada solicite la resolución y

la otra pida que el juez fije las prestaciones, allanándose a la demanda en cuanto a la viabilidad del reajuste, en ambos casos el contrato seguirá vigente con la lógica modificación en cuanto a las prestaciones.

Es decir que resultaba viable la oferta de modificación del contenido contractual dirigida por una de las partes para que, estableciéndose nuevamente el equilibrio en las prestaciones, siga vigente el acuerdo originario, modificando solo el alcance de las obligaciones contraídas.

### III. La realidad que nos interpeló

La situación nos enfrenta a una gran crisis mundial no solo sanitaria, sino también a sus repercusiones económicas y a las facultades legítimas del poder de policía del Estado, al requerirse un aislamiento social decretado en virtud de la necesidad de evitar o bajar los niveles de contagio.

Los cambios que trajo la globalización (que, entre otras características, acortó las distancias mediante los vuelos) han impactado al ambiente, pero no solo a la naturaleza sino a nosotros, se produjo un cambio social, se influyó en la política y hasta en el paradigma sanitario y repercutido en los contratos en ejecución, muchos se vieron afectados en el circuito de pago, otros en la posibilidad de cumplir.

No negamos que exista un derecho de la emergencia, que tiene reconocimiento tanto teórico como jurisprudencial, pero debe entenderse el derecho de la emergencia ubicándolo en el contexto del estado de derecho, por lo tanto, estará limitado por este último y por las garantías constitucionales establecidas como principios fundamentales.

Para Néstor Sagüés, debe encuadrarse el derecho de emergencia dentro del más amplio derecho de necesidad, cuyos caracteres esenciales provienen del derecho romano. Rechaza la postura más extrema condensada en el adagio *necitas non habet legem*, que parece indicar que la necesidad escapa del marco del derecho, y se inclina por adoptar la fórmula más acotada aunque igualmente legitimante, que se expresa como *necitas jus constituit*, “indicando esto que la necesidad genera derecho [el derecho

de necesidad, *jus necessitatis*] que por supuesto está captado por el mundo jurídico” (Sagüés, Néstor, “Derecho constitucional y derecho de emergencia”).

Ante las sucesivas normativas, dictadas como consecuencia de lo que se ha denominado emergencia por la pandemia, que han originado un continuo dictado de normas, creando una legislación a veces poco clara, con vacíos, y que además complica y dificulta la interpretación racional cuando autoridades nacionales y provinciales toman posturas no coincidentes.

La situación de crisis en la economía argentina lleva a que nos planteemos los temas de límites del derecho de la emergencia sanitaria y económica, y se presenten con un marcado interés, toda vez que las situaciones por las que el país atravesó a lo largo del pasado no siempre permitieron el abordaje de una manera desapasionada, y hoy todos estamos inmersos, de una u otra manera, bajo la tutela del derecho de la emergencia, cuyos efectos perdurarán en el tiempo. Recordemos con Acuña Anzorena que el dirigismo debe ser un factor de orden y no una escuela de anarquía jurídica y social; un método científico aplicado con espíritu de finalidad y no una experiencia caprichosa, hecha de reacciones bruscas y de peligrosos sobresaltos (en “Anotación al Tratado de derecho civil argentino, Fuentes de las obligaciones”, de Raymundo Salvat).

La inseguridad jurídica ha llevado a autores, como Recasens Siches, a decir que sin seguridad jurídica no hay derecho, ni bueno ni malo ni de ninguna clase y que la sala H de la Cámara Nacional Civil manifestara que “en un pretense Estado de Derecho, donde la emergencia es la regla, la inseguridad jurídica es casi una constante (...) lo que verdaderamente se encuentra en emergencia es el estado de derecho”.

Dentro de las situaciones generadas anteriormente por la emergencia económica, y que creemos es hoy aplicable, podemos distinguir la extinción de los contratos por diferentes figuras de la necesidad de renegociación o de la adecuación, en que en la primera las partes manifiestan una voluntad común de negociar, de acercar sus posiciones, y por lo tanto se da el principio de colaboración; en la adecuación

contractual, en cambio, serían de aplicación en principio los institutos tradicionales que correspondan y la configuración de extremos fácticos serán valorados por un tercero.

Al analizar los efectos que tendrán se puede aludir al principio de distribución compartida en cuanto a los efectos que se producirán sobre las prestaciones derivadas de un acuerdo contractual anterior a la sanción de dicha normativa y no necesariamente al caso fortuito o fuerza mayor o al hecho del príncipe.

Se habla de compartir y cooperar en esto que se ha denominado riesgo contractual, aunque haya sido un riesgo no creado ni querido por las partes, sino le ha sido impuesto por la pandemia y en algunos casos por el poder de policía del Estado.

La Dra. Nicolau sostuvo en el 2002 que, ante la situación que atravesaba la Argentina, era innegable que el país se encontraba en estado de necesidad, porque había inminencia de un mal grave, situación límite que admite que se cause un daño para evitar otro mayor, siempre que no haya posibilidad de evitarlo por otros medios, es decir si se causa un daño a personas individuales para evitar un daño mayor a la sociedad en su conjunto, (Nicolau, Noemí, “Las obligaciones de derecho privado no vinculadas al sistema financiero, en el nuevo régimen de emergencia pública”).

No debemos olvidar que la noción de Estado de Derecho se contrapone a la de Estado-policía y se fundamenta en la división de poderes, el principio de legalidad y la responsabilidad del estado, propugnándose como derechos superiores en su ordenamiento la libertad, la justicia y la igualdad, entre otros. Este es el límite del derecho de la emergencia.

Atilio A. Alterini, en su obra “La inseguridad jurídica”, recuerda la situación que se planteó entre Federico II El Grande y el molinero Arnold en Prusia, cuando el emperador quiso comprar las tierras a un campesino que no estaba dispuesto a venderlas, amenazándolo con imponérselo en uso de sus poderes reales absolutos y el dueño de las tierras le dio una respuesta memorable “no majestad, no será así mientras en Prusia haya jueces”; creo que la pandemia pone a las partes y a los jueces en el compromiso de

estar a la altura de su época, como sin duda lo habrían estado los jueces en Prusia.

#### IV. Situaciones jurídicas vinculadas

##### IV.1. La excesiva onerosidad sobreviniente

Fue Oertman quien puntualizó que por base del negocio jurídico debe entenderse “la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del mismo, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial”. Si no existen estas circunstancias o desaparecen posteriormente sin haberse asumido el riesgo de su desaparición, la parte por ello perjudicada debe, según su opinión, tener derecho a resolver el contrato y, si se trata de un contrato de tracto sucesivo, a denunciarlo. Es, en consecuencia, la base del negocio subjetiva, la de representación de las partes al contratar la que daría el fundamento para la teoría en cuanto se produzca la modificación de estas representaciones.

La teoría seguida en un principio por la jurisprudencia de la posguerra fue criticada por cuanto no señala de modo satisfactorio cuáles son las circunstancias que pueden estimarse como “base” de un contrato perfeccionado, con cuya imprevista desaparición la relación contractual no puede subsistir o mantenerse inalterada. Además, ello posibilitaría que se produjese una muy grande inseguridad jurídica si la modificación dependiese de una cualquiera de las partes, por más que la otra hubiese conocido en el momento de la celebración el motivo determinante de la concreción de este para la contraparte.

Por ello concretando las posibilidades fácticas que permitan la revisión o anulación del contrato, ha dicho Larenz: “que la transformación de las circunstancias existentes a la conclusión del contrato tan solo puede considerarse como desaparición de la base del negocio en caso de que: a) ambas partes contratantes hubiesen celebrado el contrato precisamente en atención a determinadas circunstancias cuya aparición o persistencia era positivamente esperada por ellas (base del negocio subjetiva); b) la subsistencia de estas circunstancias es necesaria obje-

tivamente para que el contrato (en el sentido de las intenciones de ambos contratantes) pueda existir como regulación dotada de sentido (base del negocio objetiva)”.

Agrega el mencionado autor que no deberá tenerse en cuenta la transformación de las circunstancias que: a) sean personales o estén en la esfera de influencia de la parte perjudicada (en este caso opera como límite la “fuerza mayor”); b) repercutieron en el contrato tan sólo porque la parte perjudicada se encontraba, al producirse estas, en mora *solvendi* o *accipiendi*; c) porque, siendo previsibles, forman parte del riesgo asumido en el contrato.

El contrato, como toda manifestación jurídica, es una realidad vital de conductas compartidas. La misma cláusula *pacta sunt servanda*, por su referencia a la buena fe, hace jugar al propio tiempo la cláusula *rebus sic stantibus*, pero recién la reforma de 1968 introdujo en la parte 2ª del art. 1198 del Cód. Civil el instituto de la imprevisión y recordemos que la incorporación legislativa del instituto fue promovida por la 15ª recomendación del III Congreso Nacional de Derecho Civil, que tomó como antecedente el art. 1467 del Código italiano de 1942.

Como requisitos de aplicación podemos recordar, conforme al texto del art. 1198 del Cód. Civil: 1) que ocurran acontecimientos extraordinarios e imprevisibles con posterioridad a la celebración del contrato. Por tales debemos entender aquellos que están fuera del curso normal y estadístico, no habiendo sido posible su previsión por las partes; 2) que esos acontecimientos ajenos a los celebrantes conviertan en excesivamente onerosa la prestación de alguna de ellas, y 3) que quien invoque la aplicación de la teoría no se encuentre en mora ni haya obrado con culpa.

El artículo decía que el perjudicado podría demandar la resolución del contrato, que no se produciría si la contraria, conforme al último párrafo, ofrece mejorar equitativamente los efectos del contrato.

El Cód. Civ. y Com. argentino actual va a regular el instituto en el art. 1091 en los siguientes términos: si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación

a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación.

Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.

En el caso de la pandemia y también en la crisis económica actual podremos estar en supuestos de aplicación por imprevisión, ya que es un hecho extraordinario que afecta la base del negocio jurídico para las partes y la previsibilidad contractual, deberemos tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para tratar de renegociar en buena fe o bien extinguir el contrato.

#### *IV.2. Frustración del fin*

Hemos dicho que esta figura afecta el rol de cooperación debida entre las partes, en razón de no poder alcanzarse el motivo determinante de la celebración. No existe imposibilidad de cumplimiento sino afectación del interés de una de las partes por una causa que le es ajena, aunque se cumpliera para esa parte ha perdido su utilidad, pues no puede satisfacer el interés que perseguía, da lugar a la resolución por afectar la causa fin del contrato. La doctrina y la jurisprudencia argentinas la habían reconocido y diferenciado de los institutos del caso fortuito y de la imprevisión.

El Cód. Civ. y Com. lo regula en el art. 1090, que dice que la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada.

La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra.

Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución solo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

En el caso de la pandemia tendremos muchos supuestos de aplicación de este instituto que si bien fue tan discutido en doctrina en la Argentina cuenta con una norma positiva para su aplicación.

La pandemia y su despliegue sobre el contrato afecto el interés de la parte en la continuidad del negocio jurídico, pero cabe que las partes de común acuerdo decidan continuarlo o reajustar sus prestaciones ya que este hecho extraordinario que afecta la base del negocio jurídico para las partes y la previsibilidad contractual, deberemos tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para tratar de renegociar en buena fe o bien extinguir el contrato.

#### **V. La revisión y la adecuación contractual**

Dentro de las situaciones a considerar podemos distinguir la renegociación o de la adecuación, en que en la primera las partes manifiestan una voluntad común de negociar, de acercar sus posiciones, y por lo tanto se da el principio de colaboración; en la adecuación contractual, en cambio, serían de aplicación en principio los institutos tradicionales que correspondan y la configuración de extremos fácticos que serán valorados por un tercero.

Nuestra posición de que la autonomía de la voluntad y la libertad son la base necesaria y nos lleva a considerar que el art. 959 del Cód. Civ. y Com. tiene plena vigencia para considerar que las partes de mutuo acuerdo pueden lograr la modificación del contenido contractual, nadie mejor que ellas para ajustar el contrato a las realidades cambiantes, respetando los límites de buena fe y orden público.

Cabe ya una aclaración, que nos manejamos en la Argentina dentro de tres estadios contractuales, el paritario, el de adhesión y el de consumo y en ellos los límites dados por el orden público de protección varían. En el Código observaremos varias nociones de contratos: el paritario (art. 957), el contrato por adhesión a cláusulas generales predispuestas (art. 984) y el

contrato de consumo (art. 1093), por lo tanto, se reconocen diferencias en el poder de negociación, lo que indefectiblemente lleva a plasmar diferente régimen de normas a fin de proteger la buena fe y corregir la debilidad contractual.

La revisión, que implica necesariamente interpretación, realizada por terceros pactados —árbitros o amigables componedores— o por vía judicial debe hacerse teniendo en mira la supervivencia del contrato, su reacomodamiento buscando a veces el esfuerzo compartido para lograr el principio de la solidaridad o fraternidad contractual.

## VI. Volviendo sobre algunas ideas

En virtud de la libertad contractual, cada cual determina por sí mismo con quién quiere mantener relaciones contractuales y a qué debe referirse esta (libertad de contratación) y determinan por sí mismos sus obligaciones mutuas y sus modalidades (autonomía reguladora) pero desde una perspectiva económica solo estaremos frente a un contrato válido cuando un determinado acuerdo cumple la función económica de utilidad a ambas partes a no ser que estemos frente al supuesto de que una de ellas renuncie conscientemente a sus preferencias (2).

Este planteo lleva necesariamente a la idea de que el derecho contractual solo y exclusivamente puede derivarse y explicarse desde la racionalidad económica en el sentido que para la teoría del bienestar tiene la eficiencia en la asignación del recurso.

Recordemos que las premisas del contrato perfecto son que los contratantes actúan racionalmente, que disponen de todas las informaciones contractualmente relevantes, que regulan todos los puntos igualmente relevantes, que el contrato se ha concluido de buena fe, suponiendo que el engaño, amenazas y la influencia de poder monopolista quedan excluidas.

Indefectiblemente, la reconstrucción del contrato perfecto nos llevará a la base del negocio jurídico y a los institutos correctores que cada

derecho recepte, en el caso argentino tenemos una pluralidad, pero sobre todo nos guiaremos por el parámetro de la buena fe (art. 9º, Cód. Civ. y Com.) para la interpretación y ejecución de los contratos y también para su incumplimiento y readecuación.

La reconstrucción del contrato perfecto se realiza mediante la interpretación (que podría ser judicial) supliendo la voluntad hipotética de las partes teniendo en cuenta lo que ellas habrían acordado si hubieran contratado con un comportamiento honrado, con un examen calculado de sus intereses según la buena fe, se trata según lo reseñado por Schafer y Ott de un criterio objetivo que refiere a la conducta de partes honradas, en colaboración leal, que hubiesen acordado observando los parámetros de buena fe y la costumbre del lugar de forma razonable y equitativa, para obtener una compensación justa de intereses.

### VI.1. Las cláusulas y los protocolos

Las cláusulas especiales insertas en un contrato se basan en el principio de autorregulación y de la autonomía de la voluntad, y son de utilización usual en la dinámica contractual, sean ellas previstas para el caso concreto como así también, para la generalidad de la figura contractual (como, por ejemplo, las cláusulas de escape o las de rescisión unilateral en contratos de franquicia, concesión o suministro), pero no siempre serán consideradas válidas o serán respetadas en una revisión judicial del contrato, pues podemos encontrarnos con supuestos de nulidad o también de ejercicio abusivo. Estamos en el terreno de la previsibilidad contractual del art. 1728.

La renegociación puede estar prevista como obligación de hacer, configurando un compromiso de sentarme, pero no de arribar a un determinado resultado, sería una obligación de medios, debiendo poner la debida diligencia y cumpliendo con los parámetros de la buena fe (art. 9º, Cód. Civ. y Com.). También mediante una cláusula o anexo podemos prever el protocolo a seguir o procedimiento, estableciendo los tiempos, sistemas y efectos.

El problema mayor surge cuando no está previsto ni en una cláusula, ni las partes lo deciden

(2) SHAFER y OTT, "Manual de análisis económico del derecho", Ed. Tecnos, 1991.

a posterior ni en la ley y al derivarse de la aplicación de la buena fe se discutirá la posibilidad de ser aplicado por el juez.

### **VII. La buena fe como principio vinculado. Facultades de los jueces**

Creemos, como nos dice Betti, que la buena fe entra aun en juego en la fase patológica del incumplimiento, en la que ya no se trata de satisfacer las recíprocas expectativas y, si bien ya no puede jugar con función positiva, como compromiso de cumplir; sin embargo, sigue existiendo un contacto social entre las dos esferas de intereses contiguos del acreedor y deudor; el acreedor, aun cuando queden insatisfechas sus expectativas —como consecuencia de las vicisitudes sobrevinientes—, no puede considerarse, en cierto modo, como en estado de guerra con el deudor y comportarse de tal manera que aumente el daño del incumplimiento, desinteresándose de las consecuencias perjudiciales que su indiferencia produce en la esfera de los intereses de la otra parte.

No existía una norma similar al art. 960 del Cód. Civ. y Com., referido a las facultades de los jueces en materia contractual, en el cual se establece que los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

Este artículo refuerza el principio de autonomía de voluntad de las partes y establece el principio de no intervención por parte de un tercero, aunque este sea un juez, salvo que se esté en los supuestos comprendidos por la norma, de afectar de modo manifiesto el orden público o cuando lo autoriza la ley.

La máxima sostenida es que los jueces y los tribunales deben hacer respetar y cumplir las convenciones y estipulaciones de los contratos, entendiéndose en el sentido de lo que en doctrina se denomina respeto por la ley particular del contrato.

Pero, a fin de resolver las cuestiones a que los contratos den lugar, tienen la facultad de interpretarlos y determinar su alcance, conforme con los principios en esta materia; pero care-

ciendo de facultades para limitar o rectificar el alcance de las convenciones o estipulaciones, so pretexto de ser ellas contrarias a la equidad o a la justicia, salvo que una de las partes lo solicitara, estando facultado por la ley a peticionarlo, o actuara de oficio cuando se encuentre comprometido el orden público, conforme al principio *iura novit curia*.

En este último supuesto el artículo en análisis pareciera limitar a las cuestiones de violación ostensible y manifiesta, sería absoluta, pudiendo ser total o parcial si afecta solo a una cláusula y no al contrato en su integridad o su dinámica. En el caso de solicitud de una de las partes, deberemos correlacionar este tema según se trate de un contrato discrecional, uno predispuesto, a condiciones generales, por adhesión o de consumo pues cambiara la extensión de las facultades del juez.

En virtud del principio de la fuerza obligatoria de la voluntad prestada libremente y válida, que respeta los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, se da nacimiento a los contratos innominados o atípicos y a la inserción de las cláusulas en materia contractual que hacen a la dinámica del contrato moderno.

El contrato, en sí, produce el efecto de no poder ser disuelto, y ni siquiera parcialmente modificado, por voluntad unilateral, salvo los casos expresamente admitidos por la ley (revocabilidad unilateral y rescisión unilateral), porque, como el contrato es el resultado de la voluntad concorde de las partes, hace falta el concurso de las mismas voluntades para efectuar su disolución o modificación.

Es el principio de la intangibilidad del contrato.

Podemos decir ciertamente, que la buena fe ilumina toda la vida del contrato, desde la creación de los deberes a cargo de los contratantes, antes del nacimiento del mismo contrato, el momento de la formación o en la que se plasma el consentimiento donde se manifestará con deberes específicos de claridad, coherencia, congruencia, el tiempo de su cumplimiento, donde también deberá prestarse colaboración y aún con posterioridad, donde deberá, por ejemplo,

guardar reserva de aquello que le hubiera sido confiado en virtud de la relación negocial.

Es cierto que es asimismo una pauta para la interpretación del contrato, ya que ordena las conductas probas, leales, dignas y descarta todo procedimiento contrario (suele hablarse aquí de buena fe objetiva) y también es la que manda ajustarse a la apariencia a lo que el otro contratante pueda entender o creer para no defraudar la confianza suscitada (es la buena fe objetiva). La relación entre obrar de buena fe y obrar con cuidado y previsión aparece muy claro, la función de diligencia guarda relación con la conservación de la posibilidad de cumplir, es un esfuerzo dirigido en dirección al cumplimiento.

En lo que algunos denominan área post-contractual, o sea, con posterioridad al cumplimiento de las obligaciones principales, la buena fe servirá como pauta de interpretación en lo referido a las denominadas obligaciones secundarias o accesorias que subsisten por estar virtualmente comprendidas en ese contrato.

No se define la buena fe permitiendo que ella sea permeable a los tiempos, y podemos destacar que este artículo establece la pauta del comportamiento del contratante cuidadoso y previsor con los alcances de obligarlo a lo que razonablemente un sujeto en tales circunstancias se hubiese comprometido.

Recordemos que, pese a la aparente valla del art. 960, el rol de la judicatura es sumamente importante en materia contractual para evitar los resultados disvaliosos o abusivos del desequilibrio contractual, paliando dichas situaciones a la luz de los institutos correctores y de los principios generales.

### **VIII. El proceso de la renegociación o el volver a negociar**

Suele decirse al referirse a la dinámica de la negociación que es la ciencia que comprende el análisis sistemático de evitación y solución de conflictos y que como arte incluye las habilidades en el manejo de las relaciones interpersonales, la capacidad de convencer, de ser escuchado y escuchar, de saber qué estrategia usar y cómo y cuándo hacerlo.

Es una negociación ideal aquella en la que observaremos la presencia de interacción o intercambio entre las diferentes partes que presentan un fin común, que es el de lograr un acuerdo, teniendo en claro sus respectivos objetivos y márgenes de acción en correlación de fuerzas.

Hay que distinguir si estamos en presencia de partes que estarán vinculadas por un hecho aislado, por ejemplo, una compraventa puntal o frente a partes que mantendrán un vínculo en el futuro como en el contrato de suministro ya que en estos casos el comportamiento será distinto en cuanto a la previsión y la dureza de las cláusulas y al margen de renegociación.

Debe valorarse también la existencia de contratos similares o vinculados que las partes tengan con otras personas a fin de establecer las variables que puedan entorpecer o favorecer la renegociación y la necesidad de volver a prever cláusulas especiales o hacerlo por primera vez si estamos frente a un contrato de duración que se ha visto afectado.

Es relevante tener en cuenta si estamos en presencia de partes unipersonales o plurales dado que en este último supuesto puede haber divergencias internas que retarden, al necesitarse la ratificación del acuerdo, la conclusión de este nuevo acuerdo y esto puede ser utilizado como arma o estrategia tanto por la parte plural como por la otra en la fijación de cláusulas que afecten el equilibrio contractual o para disfrazar una negativa.

En la renegociación hay que tener en cuenta la importancia que tiene la información y su veracidad, ya que ello es determinante, aunque suele sostenerse que cada parte está más preocupada por sus propios intereses que por el bienestar ajeno.

Por ello es necesario en este proceso que cada parte internalice qué podría suceder si no arriban al acuerdo, las posibilidades de perjuicios, un análisis de costos y beneficios, tiempo invertido en la renegociación y los márgenes de maniobra antes de retirarse de una negociación ya iniciada, lo importante es que cada parte sepa cuál es la expectativa de rendimiento mínimo eficiente que persigue lograr con el acuerdo.

Recordemos que, si bien es de aplicación la teoría de los juegos, se descarta la aplicación de la teoría de los juegos de “suma cero” (en el que la actitud para conseguir el éxito es perjudicar al contrario), dado que consideramos que el contrato debe encuadrarse dentro de los “juegos productivos”, puesto que supone ventajas para todos los protagonistas, se tiende a la cooperación para obtener un resultado común de eficiencia. El “dilema del prisionero” se supera mediante contratos vinculantes; entonces nadie elegiría una conducta no cooperativa, dado que el incumplimiento contractual genera daños y perjuicios exigibles por la otra parte, conforme al orden jurídico.

Debe haber correlación de fuerzas entre las partes, ya no es posible negociar con un desequilibrio o asimetría insalvable, puesto que resta interés y no reporta ninguna utilidad a la parte dominante el realizar concesiones; ejemplos de esta falta de correlación se dan en los contratos de adhesión y de consumo y por ello la mayor tutela de estos.

Al referirnos al poder, lo hacemos teniendo en cuenta tanto el poder actual como el poder potencial, que es el que deriva de otras interrelaciones que se tengan con terceros, ya que debe tener en cuenta en el proceso de negociación que el comportamiento de cada parte muchas veces es determinado por las acciones futuras de otros sujetos y la posible evolución de situaciones de conjunto, esto último sobre todo en el ámbito empresarial.

Abordando el clima de la negociación, sabemos que esta puede desarrollarse en cooperación o discordia, según que se coordinen acciones o se obstaculicen mutuamente interfiriendo negativamente.

La cooperación es posible, aunque en realidad a una parte le sea indiferente la otra como en la compra de un atado de cigarrillos en un quiosco al paso, o se tenga presente posibles represalias, pero también existen situaciones en que la cooperación derivara de la interdependencia o la empatía.

Suele recalcar que los contratantes y, en general, los individuos se comportan como actores egoístas y racionales que operan en función

de sus intereses de eficiencia perseguidos, sobre todo cuando van a exigir la prestación del acuerdo contractual.

Podemos contar con la presencia de terceros que realizan ciertos estudios específicos, ellos son los asesores técnicos especializados que permiten procesar y establecer la aplicación o incidencia de la información, nos estamos refiriendo por ejemplo a informes técnicos legales, contables, químicos, de producción, marketing o ambientales, que necesariamente deberán traducirse al lenguaje común para poder ser evaluado por la parte o por ambas partes para la toma de decisiones. Suele priorizarse la mirada que se hace en lo referente a la calidad de los sujetos que la emiten, su confiabilidad y la capacidad con la que es desarrollado el tratamiento de la información.

El poseer información relevante o conocimientos de igual naturaleza posiciona mejor en una negociación y es también una manifestación de poder negocial, permitiendo al que la posee tomar las medidas preventivas necesarias o de acción que más le favorezcan, incorporando cláusulas especiales en el contrato o fijando estrategias

Muchas veces, la carencia de información en ambas partes es origen de conflictos o de ambigüedades que impiden avanzar con la renegociación, pero es incuestionable que otras tantas uno de ellos puede utilizar la información para demostrar superioridad o para confundir al otro sujeto.

Otro extremo que se tiene en cuenta es la reputación de las partes, es lo que en el análisis económico se conoce como “mecanismo de Goodwill”, que es una forma de reducción de inseguridad que se apoya en el principio de extrapolación, el comportamiento futuro de una persona se valora por su comportamiento en el pasado, este modo de análisis está tan presente en nuestra vida cotidiana que motiva continuamente nuestras transacciones. Pensemos en el ejemplo del panadero al cual le compramos las facturas dado que las anteriores que consumimos han sido muy ricas y presuponemos que las de hoy serán iguales.

Para muchos este principio de la extrapolación, aunque útil no tiene una fundamentación científica o lógica, a pesar de que Hume pensaba que solo un demente o un bufón podría renunciar a utilizarlo y está tan extendido dado que, ante los costes de información altos para realizar un contrato perfecto, los individuos en relaciones estables se apoyan en él.

Vemos que las relaciones de confianza se establecen para resolver problemas de información y ahorrar en los costes, pero hay que señalar que también hay que tener en cuenta lo que Williamson llama el comportamiento oportunista, que se da cuando quien ha despertado la confianza en el otro —que mantiene una actitud cooperativa—, quiebra esa confianza y elige una actitud no cooperativa.

El derecho civil, mediante el juego armónico de sus normas, nos permite establecer las consecuencias de las renegociaciones tanto en la etapa de efectos contractuales afectados por el incumplimiento, nos permite reordenar al contrato cuando este ha sufrido alteraciones, fijar sus alcances y también mediante la aplicación de los actos propios, el esfuerzo compartido y o de la buena fe solucionar los conflictos que el tráfico negocial presenta a diario.

Consideramos que los conocimientos estudiados por el análisis económico pueden ser utilizados sin significar que los criterios económicos sustituyan a los criterios jurídicos y menos aun a los principios generales, pero si los estimamos muy valiosos para un análisis objetivo y también muy útil para analizar la toma de decisiones, tanto de las partes como de otros actores sociales pero siempre y cuando no perdamos de vista que el contrato desde el momento mismo de la negociación debe propender a fines éticos y de utilidad social y no meramente egoísta y oportunista.

### **IX. Soluciones extrajudiciales de adecuación o renegociación contractual**

Creemos que en realidad la solución más eficiente y equitativa frente a las crisis económicas y a la pandemia cuando se afecta la dinámica del *iter* contractual no es necesariamente es la extinción o el recurrir a sede judicial para solucionarlo sino debe procederse a la renegocia-

ción por las partes en virtud de la autonomía y autodeterminación como así también se podría recurrir a los medios alternativos de solución de diferencias.

Recordemos también que el Cód. Civ. y Com. regula la transacción en el art. 1641 y hace lo propio con respecto a lo que denomina contrato de arbitraje en el art. 1649 y siguientes, siendo esta última figura objeto de regulación en los Códigos de Procedimiento también (arts. 736 y ss. Cód. Proc. Civ. y Com.).

### **X. Solución del contrato de larga duración**

El Cód. Civ. y Com. considera que, en los contratos de larga duración, el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, para que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfagan las necesidades que las indujo a contratar y expresamente lo contempla en una norma (art. 1011).

Integran la categoría de contratos los contratos que forman parte de “canales de comercialización”, donde los bienes y servicios de un fabricante o productor llegan al usuario a través de un distribuidor, al que se lo conoce con esa denominación o también como agente, concesionario o franquiciado según las modalidades que adopte el vínculo establecido entre los contratantes, los contratos de suministro o aprovisionamiento, serían en principio también todos aquellos en los que las inversiones de las partes requieren ser amortizadas como por ejemplo la explotación de un bosque o construcción y alquiler de una estación de servicios, entre otros. Aquí se evidencia el concepto de contrato relacional sostenido entre nosotros por Nicolau y la necesidad de ver a los contratos como cooperativos no confrontativos.

Se establece en la norma lo que se había sostenido en la doctrina y en la jurisprudencia respecto de su ejercicio, pues las partes deben ejercitar sus derechos conforme con el deber de colaboración, siendo esta una clara manifestación de la buena fe contractual en la etapa de ejecución, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato considerada en relación con la duración total.

La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe y no incurrir en ejercicio abusivo de su derechos de extinción contractual, esto es concordante con otras disposiciones del Cód. Civ. y Com., tanto en materia contractual como en el título preliminar, pero generar ciertas dudas respecto de si se trata de rescisión de un contrato sin plazo o entraríamos en el supuesto de alteración de las expectativas de una de ellas o en la alteración o la imprevisión (resolución) y sobre todo, respecto de si estamos frente a una solución específica o si de ella puede extraerse una normativa general.

### **XI. Exhortación final**

El contrato, y ni aun el postpandémico, no debe convertirse en fuente inagotable de conflictos interminables, ni debemos volvernos tan estrictos y duros en su redacción pues lo aniquilaremos.

Por ello decimos que son las partes las primeras facultadas a través de una interpretación auténtica a arribar a una modificación del primitivo contrato y desentrañar sus alcances, y ello será de mucha importancia para ver la dinámica con transcendencia social del instituto pero también debemos tener presentes los ámbitos en los cuales, dándose la intervención de los jueces ellos puedan intentar el acercamiento

de aquellas en la audiencia, basándonos en normas procesales y el principio de buena fe.

Aclaremos nuevamente que entramos entonces en los contratos paritarios dentro el campo de la modificación, renegociación y la adecuación del contrato y podemos ciertamente decir que es el ámbito más rico donde la autorregulación permitida por los arts. 957 y 959 del Cód. Civ. y Com. cubierta por el principio de la buena fe (art. 9º, Cód. Civ. y Com.) jugará con los límites del abuso del derecho (arts. 10 y 11, Cód. Civ. y Com.), de la lesión, de la imprevisión y el orden público (art. 12, Cód. Civ. y Com.) y con los principios que rigen en nuestra materia.

La revisión y la interpretación realizada por los terceros pactados— árbitros o amigables componedores— o por vía judicial debe hacerse teniendo en mira su reacomodamiento, sin perder de vista que el contrato es un instrumento de distribución de riesgos, y también la supervivencia del contrato cuando subsiste el interés.

Recordemos que el contrato está hecho por y para los hombres, debe ser un hábil instrumento y puede modificarse sin perder su esencia, porque el hombre y la sociedad cambian, pero aun frente a ello, debemos poder responder a su razón de ser de trascendencia, de ir más allá del mero materialismo y siempre adecuarnos frente a las crisis, pero conforme a la ética. ¡Hacemos votos para que no lo olvidemos!

## **COMISIÓN N° 5. DERECHO DE LOS CONSUMIDORES**

**PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR. PROYECCIÓN  
EN LAS RELACIONES DE CONSUMO EN ENTORNOS DIGITALES**



# El “inversor consumidor”: ¿un oxímoron?

María Clara Rodríguez Llanos (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. ¿Por qué nace el derecho del consumidor?— III. ¿Qué se entiende por consumidor?— IV. El inversor consumidor: un término equívoco.— V. Conclusión.

## I. Introducción

Con la irrupción de la tecnología *blockchain* y el *boom* de las criptomonedas originado hace ya algunos años, son cada vez más las plataformas digitales que permiten realizar distintas actividades de inversión por fuera del mercado regulado por la Comisión Nacional de Valores (CNV). Por un lado, personas humanas o jurídicas queriendo invertir en instrumentos riesgosos, pero con posible alta rentabilidad; por otro lado, plataformas que brindan el ecosistema digital necesario para concretar esta inversión.

Sin embargo, en el último tiempo hemos visto cómo el valor de las criptomonedas ha entrado en caída libre... Como exponente máximo, el *bitcoin* ha ingresado en un espiral de pérdida de valor desde noviembre de 2021, momento en que alcanzó su máximo histórico, del que a la fecha de este artículo aún no pudo salir.

En este escenario no han faltado quienes, ante las pérdidas sufridas, han intentado en-

contrar una reparación en las plataformas que facilitaron su inversión. Para ello, muchos inversores alegan ser “consumidores”, con el fin de ampararse en las numerosas herramientas que el derecho del consumidor otorga a quienes se encuentran en una verdadera situación de vulnerabilidad.

Esta situación requiere que nos formulemos una vez más una pregunta que ha sido más o menos abordada por la doctrina y la jurisprudencia en materia de defensa del consumidor: ¿los inversores pueden ser consumidores? Si la respuesta es afirmativa, ¿todos lo son?

Anticipo desde ya que mi respuesta es negativa.

## II. ¿Por qué nace el derecho del consumidor?

Para poder responder el interrogante que plantea este artículo, es preciso primero explorar brevemente el origen y la evolución del derecho del consumidor. Esto es, por qué el derecho se ocupó de esta figura.

De forma sucinta, puede sostenerse que el derecho del consumidor nace para dar respuesta a una asimetría (técnica, informativa y/o socioeconómica) significativa entre proveedores y demandantes de bienes o servicios, en el marco de una sociedad en la que el consumo era cada vez mayor y más diverso. Dicho de otra manera: la regulación en la materia vino a compensar esa asimetría de poder e información al otorgar toda una batería de derechos sustantivos y procedimentales a quienes definió como “consumidores”, con la finalidad de equiparar la

---

(\*) Abogada (Universidad Torcuato Di Tella, 2012); magíster en Derecho Internacional de los Negocios y Diploma Legal 360 - Management & Cross-Skills for Legal Professionals (ESADE Business & Law School, Barcelona, 2018-2019); *academy fellow* (Academy of American and International Law, The Southwestern Institute for International & Comparative Law, 2017); asociada senior en Pérez Alati, Grondona, Benites & Arntsen (PAGBAM) desde el año 2013, especializada en Derecho del Consumidor, Lealtad Comercial y Defensa de la Competencia; *legal counsel* en Google Argentina en carácter de secondment, 2017; técnica legal del Departamento de Derecho de la Competencia en Gómez-Acebo & Pombo (Oficina de Barcelona), 2020.

posición de estos en relación con la de los proveedores de bienes y/o servicios.

Esto se observa reflejado, por ejemplo, en las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la Protección de los Consumidores en el Ámbito Internacional, que parten de la siguiente premisa para fijar sus objetivos: "Teniendo en cuenta los intereses y las necesidades de los consumidores de todos los Estados miembros, y particularmente de los que están en desarrollo, reconociendo que los consumidores afrontan a menudo desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación y teniendo en cuenta que los consumidores deben tener el derecho de acceso a productos que no sean peligrosos, así como la importancia de promover un desarrollo económico y social justo, equitativo y sostenible y la protección del medio ambiente, las presentes Directrices para la Protección del Consumidor persiguen los siguientes objetivos".

También se advierte en el resumen que bien hace Mosset Iturraspe respecto de la evolución del derecho argentino en la materia: "primero fue la normativa específica, dentro de un micro-sistema de protección a la parte débil del contrato o de la relación de consumo; luego, con la reforma de la Constitución Nacional en 1994, el derecho de los consumidores y usuarios se 'publiciza', adquiriendo relevancia o jerarquía máxima, pasando a integrar la categoría de los 'derechos fundamentales'; y ahora, como respuesta a ese mandato constitucional del art. 42 (...) se pone de resalto la jerarquía de la persona humana y su necesaria protección con base en su debilidad, inexperiencia o ligereza, además de necesidad, y la ampliación de los supuestos contemplados, apuntando a alcanzar a personas que antes se encontraban fuera de la tutela, excluidas por no haber sido partes del contrato de consumo, aunque padecieran las consecuencias" (1).

(1) MOSSET ITURRASPE, J., "Análisis introductorio", en MOSSET ITURRASPE, J. - WAJNTRAUB, J. H., *Ley de Defensa del Consumidor*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 13.

En esta misma línea, siguiendo lo dicho por Rubén y Gabriel Stiglitz (2), Chamatrópulos (3) explica que "la evolución del derecho del consumidor en nuestro país puede dividirse en etapas:

"1. Un primer período, previo a la reforma del Cód. Civil en 1968 (a través de la ley 17.711), que adolecía de orfandad en materia de soluciones normativas para el consumidor considerado como la 'parte débil' de una relación.

"2. La segunda etapa, posterior a 1968, en la cual se reforma el Cód. Civil y aparecen normas especiales con finalidad tuitiva como, v.gr., las leyes de Abastecimiento, Lealtad Comercial y Defensa de la Competencia, todas las cuales aportaban, aunque más no sea de manera indirecta, algún grado de protección para los consumidores.

"En esta etapa tuvo nacimiento, cabe destacar, un proyecto de Ley de Defensa del Consumidor redactado por Atilio Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz, que luego de varias idas y vueltas terminó resultando la base fundamental de la LDC del año 1993.

"3. La tercera etapa comienza a partir de 1993 con la sanción de la LDC, en la cual comienzan a vislumbrarse soluciones específicas, preventivas, colectivas, sean sustanciales, sean adjetivas, concretamente pensadas para dar solución a la situación de usuarios y consumidores. Ya instaurado el derecho del consumidor como nueva disciplina de la ciencia jurídica, nuestro país no permaneció ajeno a dicha tendencia mundial.

"Es así como hace más de 25 años (en 1993) se sancionó la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC), que fue reforzada en 1994 con la reforma constitucional que, en sus arts. 42 y 43, consagró la vigencia de la 'relación de consumo' y la protección del usuario y del consumidor".

Como puede advertirse, el derecho del consumidor nace para dar respuesta a un problema

(2) STIGLITZ, R. S. - STIGLITZ, G. A., "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 9 y ss.

(3) CHAMATRÓPULOS, D. A., "Estatuto del consumidor comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, 2ª ed. aumentada, actualizada y reelaborada, t. I (versión e-book).

claro: en la relación de consumo hay una “parte débil”, una “parte vulnerable” que requiere ser protegida. Tanto así que la figura del “consumidor” en el marco de la relación de consumo adquirió incluso jerarquía constitucional en los arts. 42 y 43 de nuestra Carta Magna.

Y esta protección ha alcanzado niveles muy altos: no solo estamos hablando del reconocimiento de derechos sustantivos como el derecho a información suficiente y veraz, a acceder a bienes y servicios de forma segura o a una prestación adecuada de bienes y servicios, todo ello de una forma cada vez más regulada por el Estado, sino también de protecciones que pueden resultar muy gravosas, como la atribución de responsabilidad objetiva y solidaria en ciertos casos, la imposición de multas civiles, la restricción del derecho a apelar multas administrativas al imponer como requisito previo su pago, la modificación en las reglas probatorias en el ámbito judicial, etcétera.

Cierta doctrina ha llegado incluso a señalar que esta protección cada vez mayor está generando ciertas distorsiones o consecuencias no deseadas: “la buena intención de nuestro legislador para proteger a los consumidores en el mercado, llevó al exceso de forma que, con una sobreprotección injustificada, se está autorizando e incentivando a que los compradores actúen de forma irresponsable, inconsulta frente a los derechos ajenos, abusiva respecto de derechos adquiridos y expectativas legítimas de los agentes económicos y, en todo caso, contraria a las bases constitucionales de nuestro país” (4).

Frente a esto, es dable traer a colación la reflexión que Gelli hace desde un punto de vista constitucional: “dado que cuando una norma otorga derechos a una persona recorta, en la misma medida, las facultades de otra, la protección constitucional de consumidores y usuarios, debe ser compatible con los demás derechos declarados y con los principios y valores de la Constitución” (5).

(4) SOHANER, M. G., “Ejercicio abusivo del derecho por parte del consumidor”, LA LEY del 28/12/2018, 1.

(5) GELLI, M. A., “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 5ª ed., t. I, p. 761.

Es por ello que la protección que el derecho consumeril otorga no puede darse a cualquiera que pretenda arrogarse la condición de “consumidor”. Sin perjuicio de que la definición de esta figura es amplia justamente con la intención de no excluir indebidamente a personas que sí son consumidores, es importante evitar que se haga un abuso de ella. Advirtiendo este peligro, Chamatrópulos (6) señala: “Es que la noble finalidad de esta materia quedaría desvirtuada si aquel a quien la ley pretende equiparar al poderoso actuara con la misma arbitrariedad o inequidad con que lo hubiera hecho este de no mediar la tutela legislativa en cuestión”.

Así las cosas, y sin perder de vista la razón de ser y misión del derecho en esta materia, a continuación exploraremos la noción de “consumidor” para luego poder determinar si los inversores efectivamente lo son.

### III. ¿Qué se entiende por consumidor?

Al día de la fecha, nuestro régimen legal tiene una definición dual de “consumidor”.

Por un lado, el art. 1º de la LDC lo define como “la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Por el otro, el Cód. Civ. y Com. lo define en su art. 1092 de manera idéntica. La única diferencia, claro está, radica en que el Cód. Civ. y Com. refiere a “persona humana” en vez de “persona física”, de forma concordante con la terminología introducida por el nuevo Código en el año 2015.

Ahora bien, ¿se trata de un concepto que no deja lugar a dudas? No tanto... Como surge de la definición ofrecida por la LDC y por el Cód. Civ. y Com., nos enfrentamos con ciertos conceptos jurídicos que deben ser desgranados para de-

(6) CHAMATRÓPULOS, D. A., ob. cit.

terminar si nos encontramos ante un "consumidor". Veamos.

Con las complicaciones que ello puede generar, es evidente que el legislador admite la posibilidad de que las personas jurídicas sean consideradas "consumidoras". La norma también permite que sea consumidor no solo quien adquiere un bien o servicio determinado, sino también quien lo utiliza en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Más aún, la definición prevista en la LDC y el Cód. Civ. y Com. parece no hacer distinciones en cuanto a si tales bienes o servicios se adquieren o utilizan a título oneroso o de forma gratuita.

Pero hay algo en la definición que no es para nada evidente. Se trata de un concepto de difícil determinación jurídica y es que el consumidor debe ser el *destinatario final* de los bienes o servicios objeto de su relación con el proveedor. Este es el elemento tipificante principal de la noción de "consumidor".

Como explica Chamatrópulos (7), con base al "destino final" —además de los conceptos de beneficio propio y la vulnerabilidad del consumidor— se han esgrimido básicamente tres teorías para delimitar la figura que nos ocupa:

a) La teoría finalista, teleológica o subjetiva, que se enfoca en el uso no profesional que se hace del bien o servicio adquirido y —parcialmente— en la vulnerabilidad del adquirente. Bajo esta teoría, si el bien o servicio en cuestión se incorpora de manera directa o indirecta en el proceso productivo de quien lo adquiere, entonces no se tratará de un consumidor. Explica el autor citado que "[e]sta sería la posición adoptada por el art. 2º del decreto reglamentario de la LDC (dec. 1798/1994) al expresar que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos 'sea de manera genérica o específica'. Es decir, pareciera no dejar espacio alguno para considerar que hay consumo final en la medida en que exista algún tipo de integración productiva".

(7) *Ibidem*.

b) La teoría maximalista, que únicamente excluye la aplicación de la figura del consumidor si el bien o servicio se incorpora *directamente* en la cadena de producción del adquirente. El apoyo a esta teoría se encontraría en la supresión que la ley 26.291 hizo del párr. 2º del art. 2º de la LDC, que decía: "No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros" (8).

c) La teoría mixta, que se centra plenamente en la vulnerabilidad del consumidor y extiende esta noción a una multiplicidad de escenarios en los que advierte esta condición en una de las partes.

Teniendo en cuenta la base de la cual partimos, me inclino por una visión que se enmarca en un *mix* de estas teorías: solo cuando quien adquiere el bien o servicio lo *consume*, material o jurídicamente, podremos encontrarnos ante la parte débil o *vulnerable* que las normas consumeriles pretenden proteger. Parece poco probable que quien incorpore un bien o servicio a otro proceso productivo no pueda preservarse de cualquier posible asimetría, trasladando luego por ejemplo cualquier costo asociado al producido de ese otro proceso productivo. Pero también en caso de dudas habrá que hacer un análisis profundo de esa vulnerabilidad.

Con este marco teórico en mente, a continuación nos adentraremos a intentar dar respuesta a la pregunta formulada al comienzo de este artículo: ¿puede un inversor ser consumidor?

(8) Al respecto, sin embargo, vale la pena traer a colación lo dicho por cierta jurisprudencia: "si bien la noción de consumidor que propone la nueva redacción del art. 1º de la ley 24.240 presenta importantes diferencias respecto de su antecedente, ratifica la noción general de la cual partía el régimen anterior, es decir, que el consumidor 'actúe como destinatario final', lo cual significa que el producto o servicio es retirado del mercado, no volviéndoselo a reinsertar en él mediante su incorporación a un nuevo proceso de elaboración o de prestación, idea que aparece reafirmada en el texto vigente cuando se señala que el bien o servicio ha de ser empleado para su uso privado, familiar o social" (CCiv. y Com. Azul, sala I, 26/06/2012, "Ocampo, Martín M. c. AGCO Argentina SA y otro/a s/ daños y perj. incump. contractual (exc. Estado)", AR/JUR/33925/2012).

#### IV. El inversor consumidor: un término equívoco

Conforme se ha adelantado en el capítulo introductorio, en este trabajo no nos ceñiremos a la figura del inversor que actúa en el mercado regulado por la CNV. En cambio, se procurará abordar la figura del inversor de forma general, contemplando también a aquellos que operan a través de otros mercados hasta el momento no regulados, como el mercado de criptomonedas u otros instrumentos de inversión.

Por lo tanto, si bien el régimen legal del mercado de capitales será tomado como referencia, lo que se pretende en este artículo es analizar la figura del inversor esencialmente desde la óptica del derecho del consumidor.

Tras realizar esta aclaración, corresponde dar alguna precisión sobre qué se entiende por “inversor”.

En términos generales, nos referimos a personas humanas o jurídicas que acceden a valores negociables por los que se puede recibir un flujo de fondos variable. Claro está, el objetivo de esta transacción es recibir un valor mayor al invertido. Dicho de otra manera, algo que caracteriza a la inversión es su innegable ánimo de lucro. Como veremos, este aspecto resulta fundamental para determinar si nos encontramos ante “consumidores” o no.

Pero vamos al lío: siguiendo esta definición, ¿los inversores adquieren un bien o servicio como destinatario final en los términos de la LDC y/o el Cód. Civ. y Com.?

Como anticipé, mi respuesta es esencialmente negativa. Para ver por qué, primero haré un breve análisis de la figura del inversor bajo las teorías reseñadas, para luego ofrecer mi interpretación al respecto.

##### IV.1. El inversor bajo la lupa de la teoría finalista

Como hemos visto, para la teoría finalista, si el bien o servicio adquirido se incorpora de manera directa o indirecta en el proceso productivo

de quien lo adquiere, entonces no se tratará de un consumidor.

Para dilucidar este punto es útil lo dicho por Lorenzetti (9): “la ley argentina declara que siempre que hay consumo final se aplica, salvo que esos bienes sean destinados a la producción; es decir que, aun cuando exista consumo final, si el bien es integrado en procesos productivos, queda excluido. El bien es inmediatamente consumido, pero mediatamente termina en una venta o servicio a terceros con fines de lucro”.

Dado que el objetivo inmediato del inversor radica en obtener un rédito, no parece evidente que pueda abanderarse en la figura de consumidor. En efecto, no se trata de un bien o servicio que de manera clara destine al consumo material o jurídico de la persona que invierte; por el contrario, ese rédito esperado puede muy bien volcarse —por la fungibilidad propia del dinero o los valores negociables— a cualesquiera actividades productivas que el inversor desee llevar a cabo. Incluso a nuevas actividades de inversión.

Lorenzetti lo dice con toda claridad: “si existe ánimo de lucro queda excluida la relación de consumo” (10).

Así las cosas, no solo no puede presumirse que un inversor sea consumidor, sino que dado el ánimo de lucro propio e inherente a la actividad de inversión debería presumirse justamente lo contrario.

##### IV.2. El inversor bajo la lupa de la teoría maximalista

Con base en la teoría maximalista, solo no sería reputado consumidor quien incorpore el bien adquirido *directamente* en un proceso productivo.

Sin embargo, esto es muy difícil de demostrar en el caso de las inversiones. Una vez más, por el carácter fungible del dinero o los valores negociables, parece sumamente complejo poder

(9) LORENZETTI, Ricardo L., “Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, 2ª ed., p. 104.

(10) *Ibidem*, p. 105.

probar que el valor invertido no se destinó a un proceso productivo determinado.

Pareciera que —en el caso del inversor— la teoría maximalista pregonaría justamente la inversión de la presunción establecida en el acápite anterior. Esto es, con amparo en esta teoría algunos podrían decir que un inversor solo no será considerado consumidor si se demuestra que ha volcado su rédito a determinado proceso productivo.

### *IV.3. El inversor bajo la lupa de la teoría mixta*

Por último, la teoría mixta se ocuparía de la vulnerabilidad del inversor.

Encuentro especialmente interesante repasar la figura del inversor bajo esta teoría porque parece haber sido el prisma con el que se evaluó la cuestión del “inversor consumidor” por las normas de mercado de capitales.

En efecto, en su redacción original la ley 26.831 de Mercado de Capitales (en adelante, “LMC”) disponía entre sus objetivos el de “Fortalecer los mecanismos de protección y prevención de abusos contra los pequeños inversores, en el marco de la función tuitiva del derecho del consumidor”. Es decir, siguiendo con la noción de “consumidor financiero” introducida por el dec. 677/2001 —que finalmente derogó— la LMC de algún modo reconocía que los inversores podían ser consumidores, pero relegaba esta condición exclusivamente al pequeño inversor.

Si bien no se definía qué debía entenderse por “pequeño inversor”, usualmente esta figura se contraponía con la de “inversor calificado”, cuyas categorías están descriptas en el cap. VI, secc. I, art. 12 de las normas de la CNV en su edición correspondiente al año 2013 (vigente a la fecha, tras varias actualizaciones). Allí las normas de la CNV definen a qué inversores se les debe asignar la condición de “calificados” a los efectos de conceder solo a ellos la posibilidad de realizar determinadas operaciones:

“Art. 12.- Los valores negociables emitidos bajo los regímenes de este Capítulo, a excepción de la Sección III correspondiente al Régimen PYME CNV garantizada, solo podrán ser adqui-

ridos por inversores calificados. Se entiende por inversor calificado a los siguientes sujetos:

”a) El Estado Nacional, las provincias y municipalidades, entidades autárquicas, sociedades del estado y empresas del Estado.

”b) Organismos internacionales y personas jurídicas de derecho público.

”c) Fondos fiduciarios públicos.

”d) La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) - Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS).

”e) Cajas previsionales.

”f) Bancos y entidades financieras públicas y privadas.

”g) Fondos comunes de inversión.

”h) Fideicomisos financieros con oferta pública.

”i) Compañías de seguros, de reaseguros y aseguradoras de riesgos de trabajo.

”j) Sociedades de garantía recíproca.

”k) Personas jurídicas registradas por la Comisión Nacional de Valores como agentes, cuando actúen por cuenta propia.

”l) Personas humanas que se encuentren inscriptas, con carácter definitivo, en el Registro de Idóneos a cargo de la Comisión Nacional de Valores.

”m) Personas humanas o jurídicas, distintas de las enunciadas en los incisos anteriores, que al momento de efectuar la inversión cuentan con inversiones en valores negociables y/o depósitos en entidades financieras por un monto equivalente a unidades de valor adquisitivo trescientas cincuenta mil (UVA 350.000).

”n) Personas jurídicas constituidas en el extranjero y personas humanas con domicilio real en el extranjero”.

Como puede verse, se trata personas jurídicas o incluso personas humanas que por su situación jurídica o económica se presumen “profe-

sionales” o en una situación claramente distinta a la de otro inversor.

Así, en una reciente jurisprudencia **(11)** se ha entendido que —de mínima— estos inversores calificados no podrían considerarse consumidores, al tiempo que solo reconocería posiblemente esta condición en “pequeños inversionistas”: “Sintetizando lo expuesto precedentemente, la ley 26.831 solo concede el carácter de consumidor a los 'pequeños inversionistas', mientras que su ente regulador establece una categoría de sujetos que por sus características, actividad o patrimonio serán consideradas 'calificadas' —o inversores institucionales— a los fines de realizar determinadas operaciones en el mercado de capitales, lo que las excluye del estatuto del consumidor”.

Así, el fallo citado pone de manifiesto que de plano determinados inversores no pueden considerarse consumidores porque no tienen siquiera un viso de esa vulnerabilidad que motivó la creación del régimen de defensa del consumidor, en aras de compensar las presuntas asimetrías entre consumidor y proveedor.

Huelga decir que la ley 27.440 modificó los objetivos de la LMC y, al hacerlo, eliminó la referencia a “pequeños” inversores. Esta eliminación no debe necesariamente entenderse como que cualquier inversor puede ser considerado consumidor; por el contrario, bajo la teoría mixta esto debería analizarse en cada caso concreto, atendiendo a la pretendida vulnerabilidad del inversor.

Esta interpretación se condice con lo dicho en la sentencia comentada, aunque en un postulado lo diferente: “De lo anterior se colige que solo a los pequeños inversionistas les son aplicables las normas de defensa del consumidor. Esto no quiere decir que las personas jurídicas no puedan ser consideradas consumidoras, sino que para esta materia específica el legislador las excluyó por no presentar rasgos de vulnerabilidad”.

(11) Juzg. Nac. Com. Nº 3, 05/04/2021, "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores —ADUC— c. Balanz Sociedad Gerente de Fondos Comunes de Inversión SA y otro s/ ordinario", AR/JUR/97295/2022.

#### IV.4. El “inversor consumidor”: una posible solución

Sentado lo expuesto, propongo a continuación una solución que intenta armonizar lo anterior, al tiempo que ofrece una solución que pretende ser práctica.

Me parece necesario partir de una premisa esencial: el inversor tiene un claro ánimo de lucro. Como señala Lorenzetti, en principio esto debería excluirlo de la categoría de consumidor. Es que parece claro que el objetivo de las inversiones consiste en obtener un rédito mayor al originalmente invertido, rédito que por la fungibilidad del dinero o de los valores negociables puede fácilmente destinarse a cualquier proceso productivo. En ese escenario, la idea del inversor como destinatario final del bien adquirido, esto es, el valor negociable —sea un bono, una participación en un fondo común de inversión, un token o una criptomoneda— parece forzada.

No ignoro que la idea del inversor como consumidor —incluso admitida en la LMC— procura sostenerse principalmente en la situación de aquel ahorrista que busca invertir en determinados instrumentos para preservar el valor de los ahorros. Así lo dice Paolantonio **(12)**: “[E]l ahorro canalizado mediante cualquiera de las modalidades autorizadas legalmente, importa la realización de un acto de consumo en el cual el ahorrista se ve sujeto a las mismas circunstancias de debilidad en su posición jurídica que el consumidor *stricto sensu*: carencia de información, utilización de cláusulas predispuestas, ausencia de poder de negociación, etc.”.

Esta distinción fue de algún modo reconocida en la sentencia citada en el acápite anterior: “En tal sentido, cabe hacer una distinción entre el consumidor propiamente dicho de la ley 24.240 y el inversor del mercado de capitales porque este último invierte con fines de lucro. Sin embargo, el consumo final apunta a una actividad realizada fuera del marco de la actividad profesional de la persona, así como a la ausencia de involucramiento del bien o servicio objeto de

(12) PAOLANTONIO, M. E., “¿El consumidor financiero es consumidor?”, LA LEY del 22/03/2010, 1 - LA LEY, 2010-B, 1025.

la relación jurídica en una actividad lucrativa o proceso productivo por lo que el ahorro canalizado mediante cualquiera de las modalidades autorizadas legalmente importa la realización de un acto de consumo en el cual ese ahorrista se ve sujeto a las mismas circunstancias de debilidad en su posición jurídica que el consumidor: carencia de información, utilización de cláusulas predispuestas, ausencia de poder de negociación, etc.”

Sin embargo, no veo por qué debe presumirse que la inversión tiene como destino la preservación del valor de los ahorros y no otro, a efectos de hacer aplicable el régimen de defensa del consumidor. Nótese que, de implementarse esta presunción, aquellos que intervienen en la cadena de comercialización de valores negociables de cualquier tipo, regulados o no, deberán ponerse el sombrero de “proveedor” bajo la LDC y el Cód. Civ. y Com., con todo lo que ello implica. Para dar solo un ejemplo de las consecuencias prácticas que esto podría ocasionar: ¿procedería el derecho de arrepentimiento previsto en el art. 34 de la LDC y el art. 1110 del Cód. Civ. y Com.? ¿Correspondería que incorporen el botón de arrepentimiento dispuesto mediante la res. 424/2020 de la Secretaría de Comercio Interior? No parecería razonable y sería de imposible aplicación práctica en el ámbito de mercados de inversión.

La necesidad de no caer en esta presunción fue de algún modo recepcionada por nuestra jurisprudencia (13), al señalar: “una cosa es que admitamos —como parece innegable— que una sociedad comercial puede celebrar operaciones bancarias susceptibles de ser alcanzadas por la ley de referencia [la LDC], y otra bien distinta es suponer que todas las operaciones de esa índole aquí invocadas deban considerarse necesariamente operaciones de consumo, aun cuando —por hipótesis altamente posible— hayan sido realizadas por sociedades comerciales o por empresarios individuales. En lo que interesa a al caso, falta ese dato, es decir, falta saber si los sujetos —reitero: sean sociedades o personas físicas (calidad, esta última que no descarta la gestión empresarial, que, aunque individual,

no difiere en esencia de la llevada a cabo por aquellas)— que contrataron con el banco en los términos expuestos en la demanda realizaron o no actos de consumo. Y sin ese dato —que no puede presumirse por falta de base para ello— no es factible admitir que nos hallemos ante un reclamo susceptible de ser canalizado por la vía de una ‘acción de clase’, dado que tal ausencia (la de ese dato: esto es, si nos hallamos o no ante relaciones de consumo) deja en evidencia la falta de homogeneidad entre los referidos sujetos”.

Insisto: al analizar estas cuestiones es sumamente importante no perderse en la teoría y enfocarse también en la práctica. Sobre todo en el ámbito consumeril, que tiene cada vez mayores regulaciones que impactan en la actividad diaria de las empresas. Aplicar nociones de consumidor en el ámbito inversor suena —y es— contraintuitivo porque se intenta conciliar regímenes que no son del todo compatibles.

No obstante, a los efectos de este análisis, asumamos lo contrario. Asumamos que en general nos encontramos ante un inversor ahorrista que no vuelca el rédito de su inversión en otro proceso productivo. ¿Estamos frente a un consumidor?

Aun en este escenario la conclusión no puede ni debe ser definitiva. Aquí es cuando se torna necesario retomar lo pautado por la teoría mixta y considerar si el inversor ahorrista en cuestión —que pruebe su condición de tal— puede ser considerado “consumidor” en función de su *vulnerabilidad*.

Y esto es necesario para no caer en el error de recurrir a un marco legal que ofrece toda una serie de herramientas jurídicas para compensar la asimetría de la que adolece la parte “débil” de la relación de consumo, cuando no nos encontramos frente a tal asimetría. Máxime cuando esa disparidad no es para nada evidente en el caso del inversor.

En esta línea, la sentencia de 2021 que venimos comentando dice: “Siguiendo ese orden de ideas, conforme lo establece el art. 2º de la ley 26.831 existen productos de inversión colectiva —entre ellos— los fondos comunes de inversión que permiten la adquisición de valores negociables (cuotapartes) a través del merca-

(13) CNCom., sala C, 25/03/2013, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Banco de Santa Cruz SA s/ ordinario", voto de la Dra. Villanueva.

do de capitales a determinados sujetos que por sus características serán considerados inversores calificados (el fondo común de inversión en sí mismo a través de sus órganos) y sujetos que conformaron el patrimonio del fondo y, en caso, que encuadren dentro de la categoría de pequeños inversionistas podrán ser considerados consumidores financieros a los efectos de invocar el estatuto del consumidor como una herramienta para equilibrar las asimetrías que puedan surgir en las relaciones jurídicas con los intermediarios de sus inversiones”.

No debe olvidarse que, como se explicó al inicio de este artículo, la normativa en materia de defensa del consumidor nace para intentar compensar la posición de desventaja en la que se encuentra el consumidor frente al proveedor.

Tal es la relevancia del concepto de vulnerabilidad en el régimen consumeril que la Secretaría de Comercio Interior ha emitido la res. 139/2020, por la que se introduce la figura de los consumidores “hipervulnerables” y se establecen ciertas protecciones adicionales para estos grupos.

Así, el art. 1º de esta resolución define que “se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo”.

A mayor abundamiento, la res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior se encarga de establecer ciertas condiciones que estima causales de hipervulnerabilidad. Entre ellas menciona las siguientes:

“i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los siguientes requisitos:

”1) Ser jubilado/a o pensionado/a o trabajador/a en relación de dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a dos [2] salarios mínimos vitales y móviles;

”2) Ser monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en dos [2] veces el salario mínimo vital y móvil;

”3) Ser beneficiario/a de una pensión no contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a dos [2] veces el salario mínimo vital y móvil;

”4) Ser beneficiario/a de la asignación por embarazo para protección social o la asignación universal por hijo para protección social;

”5) Estar inscripto/a en el régimen de monotributo social;

”6) Estar incorporado/a en el régimen especial de seguridad social para empleados del servicio doméstico (ley 26.844);

”7) Estar percibiendo el seguro de desempleo;

”8) Ser titular de una pensión vitalicia a veteranos de guerra del Atlántico Sur (ley 23.848)”.

Más allá de coincidir o no con las causales enumeradas en la citada resolución, su enunciación sirve de ayuda para interpretar, *a contrario sensu*, cuándo posiblemente *no* nos encontremos ante casos de vulnerabilidad. En efecto, si estas causales pueden ser un factor para atribuir la condición de hipervulnerabilidad, también deberían ser un elemento a analizar en caso de querer determinar el extremo opuesto.

Si se piensa en los inversores, un dato que probablemente será determinante será su condición socioeconómica. No es lo mismo un empresario que realiza con regularidad operaciones de inversión sofisticadas que una persona que solo realiza pequeñas inversiones sencillas para resguardar el valor de sus ahorros. Por ello, prueba de la condición socioeconómica del inversor en cuestión —y su supuesta vulnerabilidad— será el tipo y valor de la inversión que realice. Está claro que una persona que invierte una suma considerable de dinero en criptomonedas o ciertos proyectos tokenizados

no se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente al “proveedor” igual a la que tendría quien mensualmente compra “dólares MEP” con lo que puede ahorrar de su sueldo.

¿Tiene sentido dar las protecciones propias del régimen de defensa del consumidor a un inversor que sabe perfectamente lo que hace y especula con productos financieros en los que invierte a fin de obtener un mayor rédito que destinará vaya a saberse en qué? ¿Este inversor sufre verdaderamente una asimetría de información, técnica o socioeconómica —frente a, por ejemplo, la plataforma que le permite realizar esas operaciones de inversión— tan grande que necesita ser compensada con valiosas herramientas jurídicas?

Mi respuesta a estos interrogantes es negativa. El régimen protectorio establecido en la LDC, el Cód. Civ. y Com. y su normativa complementaria no ha sido concebido para este tipo de escenarios y su aplicación en estos casos generaría resultados disvaliosos.

Insisto, no debe perderse de vista las consecuencias prácticas gravosas que ocasiona querer hacer de la excepción la regla. Si se admite que los inversores deben ser *a priori* considerados consumidores, quien se pare en la vereda de enfrente como “proveedor” deberá asumir ciertas obligaciones que no parecen tener el más mínimo sentido: ¿derecho de arrepentimiento en la compra de criptomonedas?; ¿botón de arrepentimiento?; ¿imposibilidad de limitar la doctrina de la imprevisión en un mercado volátil como el cripto activos?; ¿beneficio de justicia gratuita?; ¿procedimiento sumarísimo? No parece razonable.

El régimen consumeril no es residual ni debe aplicarse como tal. Sin embargo, esto no significa que los inversores no alcanzados por sus protecciones queden desamparados.

Por el contrario, aquellos inversores que operen en el mercado de valores regulado por la CNV tendrán a su disposición numerosas normas que procuran proteger al inversor. Y aquellos que actúen en mercados no regulados, sin lugar a dudas estarán protegidos por el régimen de contratos de adhesión previsto en el Cód. Civ. y Com., en tanto probablemente la modalidad de contratación será esa. Esto les concede una amplia protección: no solo podrán cuestionar cláusulas que entiendan “abusivas” (art. 988) sino que, además, en caso de ambigüedad de cualquier previsión esta se interpretará en contra del predisponente.

## V. Conclusión

El régimen de defensa del consumidor nació para dar respuesta a la vulnerabilidad de la que adolecían los consumidores en su relación con los proveedores. Sin embargo, la necesidad de utilizar definiciones amplias para evitar el riesgo de no compensar esta asimetría cuando corresponda hacerlo no debe llevar a extender la figura del consumidor a personas humanas o jurídicas que no lo son.

El caso de los inversores es un claro ejemplo. No son destinatarios finales de su inversión salvo en contadas excepciones en las que la inversión tiene por destino exclusivo el ahorro, lo que mal puede presumirse. Y aun en esos casos, su condición de destinatarios finales no es evidente en atención a que no ostentan la vulnerabilidad que el régimen protectorio consumeril busca compensar.

Extender sus alcances de manera irrestricta lo único que genera son resultados disvaliosos que se alejan de la practicidad que requiere el mundo de las inversiones, al tiempo que desvirtúa el objeto de la LDC y su normativa complementaria.

# Los principios del derecho de los consumidores

## Consideraciones generales y breve aproximación a la problemática de los usuarios en entornos digitales

José H. Sahián (\*)

**Sumario:** I. Principios del derecho del consumidor.— II. Hipervulnerabilidad de los consumidores en entornos digitales.— III. Principio de progresividad y no regresión en el derecho del consumidor.— IV. Principio de equiparación.— V. Conclusiones.

### I. Principios del derecho del consumidor

#### 1.1. Concepto

Un principio jurídico es un mandato destinado a lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros principios competitivos que resulten aplicables en el mismo campo de argumentación (1).

Tanto las reglas como los principios (2) representan enunciados deónticos que mandan, pro-

híben o permiten algo; pero mientras las reglas configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación, los principios conforman de manera abierta esas condiciones (3).

Dworkin distingue dentro del género principios entre "principios" propiamente dichos y "directrices políticas". Estas últimas son un tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad. Y "principios" es un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, equidad o moral. En ambos casos difieren de las normas jurídicas que tienen una aplicación disyuntiva (4). El autor citado, en su originaria crítica al positivismo de

---

(\*) Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid); posdoctor en Derecho (Universidad de Zaragoza); profesor asociado regular de Derecho del Consumidor y encargado de la cátedra de Defensa de la Competencia (Universidad Nacional de Tucumán); académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba; relator de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

(1) CS, 20/05/2021, "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Shi, Jinchui c. Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", AR/JUR/36702/2021, consid. 7º del voto de Lorenzetti.

(2) GARCÍA FIGUEROA, A., "¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy", en GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed.), *Derechos sociales*

y ponderación, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, 2ª ed., ps. 333-370.

(3) CIDONCHA MARTÍN, A., "La posición constitucional de los consumidores", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nro. 153, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2011, ps. 127 y 135, especialmente nota al pie 35.

(4) DWORKIN, R., "Los derechos en serio", GUASTAVINO, Marta (trad.), Ed. Ariel, Barcelona, 1984, ps. 72-75.

Hart, postula que el derecho no se agota en reglas, y en general se extraen distintos criterios para diferenciar reglas, de principios: origen, identificación, derogación, aplicación, contenido, solución de contradicciones, excepciones; los que solo insinuamos para evitar sobrepasar los límites de este trabajo (5).

Partiendo de tal distingo, la enunciación del art. 42 de la CN contiene, apropiadamente mixturados, derechos fundamentales especialmente en el primer párrafo; algunas directrices políticas en el segundo (educación, calidad de servicios públicos, eficiencia de la competencia) y principios rectores principalmente en el tercero.

### I.2. Importancia

La relevancia de los principios en el micro-sistema de defensa de los consumidores es inigualable. Permite, entre otras finalidades, las siguientes (6):

(5) Los criterios que se han sugerido para distinguir principios de reglas son muy variados, y hasta cierto punto complementarios (Ver DWORKIN, R., "Los derechos en serio", GUASTAVINO, M. (trad.), Ed. Ariel, Barcelona, 1995, 2ª reimp., ps. 72-94). Alexy ha caracterizado los principios como "mandatos de optimización" (ALEXY, R., "Teoría de los derechos fundamentales", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, trad. E. Garzón Valdés, 1ª reimp., p. 86). Un conflicto de reglas, en efecto, solo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas. Cuando un principio colisiona con otro el juez no solo no juzga sobre la validez, sino que no puede, en cierto sentido, dejar de aplicar ninguno de los dos. Decidirá, luego de una ponderación, la precedencia de uno sobre otro, pero sin anular al que no se ha preferido. Esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción (*ibidem*, ps. 88-89). Un buen resumen de lo dicho, puede verse en: CIANCIARDO, J., "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción", *Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, 2003, Id SAIJ: DACF030009.

(6) Cafferatta enuncia ingeniosamente las siguientes funciones de los principios: a) informadora; b) de interpretación; c) los principios como filtros; d) los principios como diques; e) los principios como cuña; f) los principios como despertar de la imaginación creadora; g) los principios como recreadores de normas obsoletas; h) capacidad organizativa/compaginadora de los principios; i) los principios como integradores (cfr. GARRIDO CORDOBERA, L., "El sistema protectorio y la aplicación de los

### I.2.a. Sortear la obsolescencia de las reglas

La jerarquización de los principios en el derecho del consumidor responde al reconocimiento del dinamismo del mercado, la mutabilidad de la tecnología que viene moldeando los derechos de los consumidores, el avance de la ciencia que permite vislumbrar el impacto de las ciencias del comportamiento y las neurociencias en la conducta del consumidor, la variabilidad de los carriles procedimentales que encauzan los reclamos consecuentes; todo ello causas de una vertiginosa obsolescencia de las reglas concretas. En esa realidad, se asiente que el operador cuente con "normas abiertas" a las que se pueda apelar frente a situaciones no reguladas.

### I.2.b. Ponderación

La identificación de una argumentación basada en principios consolida el modelo de resolución de casos por proporcionalidad o ponderación.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha comenzado a incentivar esta tecnología, priorizando por sobre la antinomia de reglas, el examen de colisión de principios. La diferencia es relevante a la hora de argumentar y resolver un conflicto, porque el primer supuesto conduce a aplicar una de las reglas y excluir a la otra ya que sus efectos son incompatibles; mientras que la aplicación de un principio no desplaza al otro, sino que lo precede conforme al juicio de ponderación en el caso concreto encontrando un punto de equilibrio (7). Ello en tanto, los principios son normas que establecen juicios de deber ser que receptan valores aspiracionales, de modo que su configuración normativa es, *prima facie*, inacabada y susceptible, por lo tanto, de ser completada (8).

Es lo que ocurre, por ejemplo, en los actuales casos de demandas de personas que ven lesionada su privacidad frente al modo de operar de

principios en el proyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Una acertada respuesta a los desafíos actuales", LA LEY, 2019-D, 870, AR/DOC/2032/2019).

(7) Arg. CS, Fallos 337:205, voto del juez Lorenzetti, consid. 13.

(8) CS, 20/05/2021, "Recurso de hecho...", cit., consid. 7º del voto de Lorenzetti.

los grandes operadores en los entornos digitales, como Google, donde se debe ponderar, por un lado, la intimidad y, por el otro, la libertad de expresión (9).

Lorenzetti enfatizó recientemente que cuando el caso presenta dificultades en el elemento normativo (determinación de la norma aplicable, interpretación) o en el fáctico o en la deducción (calificación), estamos en presencia de un caso "difícil", donde el método deductivo es insuficiente, que obligan al juez a ejercer su discreción basada en criterios de validez material, mediante ponderación (10).

I.2.c. Diálogo de fuentes y constitucionalización del derecho privado

La idea de principios es especialmente sugerida por quienes ambicionan un cambio de paradigma metodológico encauzado al "diálogo de las fuentes" (11); siguiendo el faro que, en la región, ha sentado el modelo brasileño y su ideología en la región Claudia Lima Márquez (12).

La tendencia legislativa se orienta en favor de esta tecnología (13).

(9) CS, 28/06/2022, "Denegri, Natalia R. c. Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas", AR/JUR/82807/2022.

(10) LORENZETTI, R., "La sentencia. Hacia un procedimiento de argumentación legítima controlable", LA LEY del 30/03/2022, 1.

(11) La expresión "diálogo de fuentes" (*le dialogue des sources*) pertenece a Erik Jayme. Vid. JAYME, E., "Identité culturelle et integration: le droit international privé posmoderne", *Cours général de droit international privé*, Académie de Droit International de La Haye, Kluwer Law International, La Haya (Países Bajos), Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

(12) LIMA MARQUES, C., "La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes", en STIGLITZ - HERNÁNDEZ (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 166.

(13) Así, el art. 28 en ambos Proyectos de Código de Defensa del Consumidor, actualmente en Cámara de Diputados (exptes. 3143-D-2020 y 5156-D-2020) explicitan el "diálogo de fuentes" como metodología primordial. El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor —según la fundamentación dada por la propia Comisión Reformadora— busca edificar una teoría general, ordenando como elementos centrales del "Sistema de protección del consumidor", junto a la delimitación de la relación

Y lo dicho es cardinal en el tema que nos ocupa, ya que el diálogo de las fuentes tiene su origen, en nuestras latitudes, en el ensayo por vigorizar el microsistema de protección de los consumidores, a partir de principios (14).

Aunque últimamente se han alzado voces que disputan el valor científico autónomo del diálogo de las fuentes, asignándole solo un rol retórico. Según Habib, el denominado diálogo de las fuentes cumple en rigor cuatro funciones, y todas se asimilarían —bajo tal lógica— a conceptos del derecho, ya existentes, esto es, control de constitucionalidad, interpretación sistemática, interpretación integradora, y análisis de proporcionalidad (15).

Por su parte, Lorenzetti ahora enfatiza que el método deductivo tradicional (de prioridad argumentativa), aplicando una regla formalmente válida al supuesto de hecho que ella describe, debe ser controlada con los precedentes (elemento de consistencia), con el resto del sistema jurídico armónicamente (control de coherencia), y mediante análisis de las consecuencias generales jurídicas o económico-sociales que puede producir la decisión en el futuro (control consecencialista) (16).

Completando lo dicho, el constitucionalismo ha sufrido una renovación formidable, mediante el fortalecimiento del axioma de que las reglas de derecho privado deben estar constan-

de consumo, los derechos y deberes de los integrantes de esta y el diálogo de fuentes, una serie de "principios".

(14) Cfr. HERNÁNDEZ, C. - FRUSTAGLI, S., "Anotaciones sobre el reciente Código de Consumo italiano (Aportes para reflexionar sobre el derecho del consumidor en Argentina)", en ALPA, Guido (ed.), *Seminari di aggiornamento professionale*, Giuffrè, 2005, p. 458, nota 54. Cfr. NEGRI, N., "Análisis crítico de los arts. 1º, 2º y 3º del título preliminar del Código Civil y Comercial", RCCyC, dic. 2016, ps. 59 y ss., nota 8; STIGLITZ, G., "El derecho del consumidor en el Código Civil y Comercial unificado. Diálogo de fuentes", en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), ob. cit., p. 261; TAMBUSI, Carlos E., "Ejecución de pagarés de consumo y diálogo de fuentes", RCCyC, 2015, ps. 205 y ss.

(15) HABIB, J., "El diálogo de fuentes en la jurisprudencia. ¿Se trata solo de retórica?", LA LEY 31/05/2022, 1.

(16) LORENZETTI, R., "La sentencia. Hacia un procedimiento de argumentación legítima controlable", LA LEY 30/03/2022, 30/03/2022, 1.

temente escrutadas e interpretadas a la luz de los principios constitucionales y convencionales (17). Esta noción, en materia de consumo, no constituye una mera construcción retórica, sino que resulta de un directo mandato legislativo proveniente de los arts. 1097 (18) y 1098 (19) del Cód. Civ. y Com.

Por ello, la jerarquización de los principios refuerza el nuevo paradigma —científico para algunos, retórico para otros— de constitucionalización del derecho de los consumidores y diálogo de fuentes.

### 1.3. Sistematización

La formulación de un detalle, legislativo (20) o doctrinal, de principios procura dotar de sistematicidad al régimen de defensa de los consumidores, y se enmarca en una serie de plausibles tentativas de codificaciones que viene despuntando en el microsistema protectorio del consumidor. La técnica legislativa de los principios visibiliza la postulación de que la ordenación no sea un producto legislativo de coyuntura, sino que traduzca un modelo regulatorio, diseñado en concordancia con el sistema general dentro del cual se emplaza (21).

(17) Sobre los tipos de control de convencionalidad y la intensidad y diferencia de estos en Europa y Latinoamérica, ver: CANOSA USERA, R., "El control de convencionalidad", Ed. Civitas - Thomson Reuters, Madrid, 2015.

(18) Art. 1097: "Trato digno. 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".

(19) Art. 1098: "Trato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores".

(20) Ver especialmente el art. 5º de los actuales proyectos de reforma de la LDC, que asumen forma de "Código" (v.gr., exptes. 3143-D-2020 y 5156-D-2020).

(21) Cfr. HERNÁNDEZ, C. - JAPAZE, M. - STIGLITZ, G. - SOZZO, G. - OSSOLA, F., "Hacia el Código de Defensa del Consumidor", LA LEY del 15/03/2021, p. 4; HERNÁNDEZ, C. - JAPAZE, M. - OSSOLA, F. - SOZZO, G. - STIGLITZ, G.,

También se verifica una intensificación de la presencia de principios en el orden supranacional e internacional de protección de los consumidores, que se han erigido como una de las fuentes más importantes.

En ese contexto, deviene particularmente útil la res. MERCOSUR/GMC/RES 36/2019 que formuló, en su art. 1º, una delineación de 14 principios fundamentales de defensa de los consumidores (22). Recientemente, el mencionado anexo de la res. 36/2019 fue loablemente incorporado al derecho interno argentino (23) por la res. 310/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del 11/09/2020.

Haremos una superficial enunciación de los principios contenidos en dicha resolución:

1. Principios de progresividad y no regresión: el Estado debe adoptar medidas apropiadas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos de los consumidores que se derivan de las normas internacionales y nacionales, sin retroceder en los estándares de tutela alcanzados en los niveles normativos de protección ni en la implementación de la política de protección del consumidor, considerando los costos y beneficios de las medidas que se propongan (24). Ya hay precedentes donde ha declarado la inconstitucionalidad por regresividad de la supresión del recurso de apelación (25).

"Antecedentes y estado actual del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor", LA LEY, 2020-A, 939.

(22) A tales fines, tomó como antecedente la enumeración de principios que se realizó en el art. 5º del Anteproyecto de reforma de Ley de Defensa del Consumidor que sirvió de antecedente a los ya mencionados proyectos de Código de Defensa del Consumidor.

(23) Sin detenernos en los límites legislativos de la competencia de la autoridad de aplicación.

(24) Para profundizar en el tema: SAHIÁN, J., "Principios de progresividad y no regresión en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor", *Sup. Esp. Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 111, AR/DOC/596/2019; *id.*, "Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores", LA LEY, 2018-A, 545.

(25) Como ejemplo de aplicación de este principio en el ámbito procesal: CS Tucumán, 20/12/2013, "Provincia de Tucumán - DGR c. Benjamín Paz SRL s/ ejecución fiscal", sent. 1121, AR/JUR/101973/2013. El criterio fue repetido en decenas de fallos posteriores.

2. Principio de orden público de protección: irrenunciabilidad anticipada de los derechos del consumidor, cualquiera sea su modalidad.

3. Principio de acceso al consumo: busca garantizarse el acceso al consumo de productos y servicios de calidad; y la implementación de las adaptaciones necesarias para los consumidores con discapacidad (26). Relevante a los fines de promover la discriminación positiva.

4. Principio de transparencia de los mercados: el sistema de protección del consumidor contribuye al logro de la transparencia de los mercados. El Estado controlará las distorsiones que afecten, a través de sus órganos competentes, distribución, condiciones de venta, calidad y precios de bienes y servicios (27).

5. Principio de consumo sustentable: se impulsa la protección ambiental y en particular el consumo y la producción sustentables, en función de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Para ello, entre otras medidas, favorece la minimización del uso de materias primas y energías no renovables, así como la generación de la menor cantidad de residuos y el aumento del uso de energías o materias primas renovables o producto de reciclaje (28).

6. Principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja: Se protege especialmente a grupos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada deri-

vada de circunstancias especiales, en particular niñas, niños y adolescentes, adultos/mayores, personas con problemas de salud o con discapacidad, entre otras.

7. Principio de respeto de la dignidad de la persona humana: los proveedores, en su actuación en el mercado, deben reconocer y respetar la dignidad de la persona humana conforme a los criterios generales que surgen de las declaraciones y tratados de derechos humanos. Asimismo, en el diseño e implementación de políticas públicas, el Estado debe observar el mismo principio (29).

8. Principio de prevención de riesgos: el Estado y los proveedores actuarán preventivamente cuando exista probabilidad razonable de una amenaza derivada de productos o servicios que afecten la salud o la seguridad de los consumidores.

9. Principio antidiscriminatorio: se deben implementar acciones conducentes con el objetivo de que en el mercado no existan actos, omisiones o situaciones discriminatorias. Se consideran comprendidas en esta prohibición las fundadas en razones de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos, o de cualquier otra naturaleza (30).

10. Principio de buena fe: el sistema de protección al consumidor se asienta en la buena fe de las partes intervinientes en el contrato; a lo que podría agregarse el de "confianza" (31).

(26) Sobre el concepto de sustentabilidad: SAHIÁN, J., "Nuevo desafío de la tutela al consumidor. El derecho de acceso al consumo o mercado", RDCO 292, ps. 201 y ss. Para profundizar: PÉREZ BUSTAMANTE, L., "El derecho de acceso al consumo en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor", *Sup. Esp. Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 131, AR/DOC/599/2019.

(27) Se trata de un principio que solapa finalidades de la defensa de la competencia, competencia leal y defensa del consumidor. Para profundizar: JAGOU, V. - ABDEL-NABE VILA, M., "Incorporación expresa del principio de mercado transparente en materia de defensa del consumidor", *Sup. Esp. Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 149, AR/DOC/600/2019.

(28) Para profundizar: GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, L. - TOLOSA, P., "Principio de consumo sustentable: implicancias en relación con el deber de información y herramientas para su eficacia", *Sup. Esp. Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 161, AR/DOC/601/2019.

(29) Sobre este principio: SAHIÁN, J., "Derecho a un trato equitativo y digno", *Diario DPI - Derecho Privado - Consumidor*, del 27/02/2018, IJ-DXLVI-548. Para profundizar: PANDIELLA MOLINA, J., "Respeto de la dignidad humana y principio antidiscriminatorio en el anteproyecto de ley de defensa del consumidor", *Sup. Esp. Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 179, AR/DOC/602/2019.

(30) Sobre este principio: SAHIÁN, J., "El principio antidiscriminatorio en la relación de consumo", SJA del 18/09/2019, 59, AR/DOC/2635/2019. Este principio deriva del de equidad.

(31) Puede verse: QUAGLIA, M., "El desequilibrio relacional y del orden público económico de protección. Defensa del consumidor y revalorización de los principios generales (con especial referencia a la buena fe y a la protección de la confianza). La equidad en el ámbito del derecho del consumidor", en STIGLITZ, Gabriel A. - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), ob. cit., ps. 271-308.

11. Principio de información: los proveedores deben suministrar a los consumidores información clara, veraz y suficiente que les permita hacer elecciones adecuadas a sus deseos y necesidades (32). El “lenguaje claro y accesible” al que se debe es una forma de satisfacer esa información.

12. Principio de armonización: resulta fundamental armonizar los intereses de los participantes de las relaciones de consumo, haciendo compatible una adecuada protección y tutela de los derechos de los consumidores con el desarrollo económico y tecnológico, siempre fundamentado en la buena fe y el equilibrio en las relaciones entre consumidores y proveedores. Especialmente significativo en los entornos digitales.

13. Principio de reparación integral: debe asegurarse una reparación integral en caso de daños derivados de las relaciones de consumo, debiendo preverse la disponibilidad de medios efectivos de solución de controversias y de compensación.

14. Principio de equiparación de derechos: se debe fomentar la confianza en el comercio electrónico, mediante la formulación de políticas transparentes y eficaces. En el ámbito de la contratación electrónica se reconoce y garantiza un grado de protección que nunca será inferior al otorgado en otras modalidades de comercialización (33).

En el orden internacional, las Directrices de ONU para la Protección del Consumidor en el punto III.5 sientan una serie de principios, algunos de los cuales coinciden con los antes mencionados.

A saber: a) el acceso de los consumidores a bienes y servicios esenciales; b) la protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja; c) la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad; d) la promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; e) el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien

---

(32) SAHIÁN, J., "Dimensión constitucional y convencional del derecho a la información de los consumidores y usuarios", en *Estudios de derecho público*, UCSE, Santiago, ps. 356-422.

(33) Sobre este principio nos explayaremos *infra*.

fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual; f) la educación del consumidor, incluida la educación sobre las consecuencias ambientales, sociales y económicas que tienen sus elecciones; g) la disponibilidad para el consumidor de medios efectivos de solución de controversias y de compensación; h) la libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten; i) la promoción de modalidades de consumo sostenible; j) un grado de protección para los consumidores que recurran al comercio electrónico que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio; k) la protección de la privacidad del consumidor y la libre circulación de información a nivel mundial.

Por ejemplo, el inc. j) de las recién transcritas directrices coincide con el principio 14 de la res. Mercosur 36/2019, en jerarquizar el principio de equiparación para los consumidores en entornos digitales.

En el punto concreto de entornos digitales, en el pto. IV.e), referido a los “Principios para unas buenas prácticas comerciales”, de las directrices mencionadas se fija “[el] principio para protección de la privacidad [en el que] [l]as empresas deben proteger la privacidad de los consumidores mediante una combinación de mecanismos adecuados de control, seguridad, transparencia y consentimiento en lo relativo a la recopilación y utilización de sus datos personales”.

Lo anterior se complementa con el ítem 64, que prescribe que “[l]os Estados Miembros deben, cuando proceda, examinar las políticas de protección del consumidor en vigor para dar cabida a las características especiales del comercio electrónico y garantizar que los consumidores y las empresas estén informados y sean conscientes de sus derechos y obligaciones en el mercado digital”. Esta disposición deviene significativa porque, con una hermenéutica amplia del principio convencional de progresividad, se puede fortalecer el reclamo de legislaciones modernas (34) que garanticen que los consu-

---

(34) Como ejemplo de legislaciones modernas en materia de defensa de la competencia y protección de los consumidores en los entornos digitales es inexorable destacar el

midores gocen del principio de equiparación en los entornos digitales.

Y para finalizar con el examen de las directrices tratadas, el ítem 65 incentiva que “[l]os Estados miembros podrían tal vez examinar las directrices y normas internacionales pertinentes sobre el comercio electrónico y sus correspondientes revisiones y, en su caso, adaptar esas directrices y normas a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales, para que puedan acatarlas, y colaborar con otros Estados miembros en su aplicación a través de las fronteras. Al hacerlo, los Estados miembros podrían tal vez estudiar las Directrices para la Protección de los Consumidores en el Contexto del Comercio Electrónico de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos”.

Desde luego que la laudable res. 310/2020 SCI analizada no agota la enunciación de todos los principios sustantivos del microsistema protectorio. También es dable exponer los siguientes:

1. Precaución: es aquel por el que el Estado y los proveedores deberán actuar precautoriamente en las situaciones de controversia científica probada, y en general, frente a la incertidumbre científica fundada respecto de la existencia de una amenaza derivada de un bien o servicio, adoptando las medidas eficaces para evitar el daño a los consumidores. Fue el único principio del Anteproyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor (art. 5.9) no asumido en la res. del Mercosur 36/2019 (35).

proyecto de Ley de Servicios Digitales (LSD) de la Unión Europea, que se suma a la ya aprobada Market Digital Act. La LSD prescribe una nueva normativa sin precedentes para la rendición de cuentas de las plataformas en línea en relación con los contenidos ilícitos y nocivos. Esta ley brindará una mejor protección a los usuarios de internet y sus derechos fundamentales, y definirá un conjunto único de normas en el mercado interior que ayudará a las plataformas más pequeñas a expandirse. Entre las nuevas medidas para empoderar a los usuarios merece subrayarse un mecanismo para que los usuarios alerten fácilmente de contenidos ilícitos y para que las plataformas cooperen con los denominados “alertadores fiables” ([https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_22\\_2545](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_2545)).

(35) Para profundizar: BESTANI, A., “Prevención de riesgos y precaución en el Anteproyecto de reforma de Ley de Defensa del Consumidor”, *Sup. Esp. Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 193, AR/DOC/603/2019.

2. Realidad: muy desarrollado en el ámbito laboral (36). La esencia del principio radica en que, en la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enerva el análisis que las autoridades administrativas o judiciales realicen sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa. Este principio es especialmente útil para afrontar el fenómeno denominado “pagaré de consumo” (37); presente como re-

(36) Así: GRISOLÍA, J., “Tratado de derecho del trabajo y de la seguridad social”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, 2ª ed., t. III, p. 2508. La jurisprudencia ha recurrido a este principio, en el ámbito laboral: v.gr., CS Tucumán, 03/04/2013, “Pezzano Carino, Fabiana c. Granada, Víctor y otro s/ cobro de pesos”, sent. 118; *id.*, 11/05/2018, “Pirelli, Pablo c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad”, sent. 616; 07/11/2018, “Castro, José M. c. Forein SRL y SA San Miguel AGICIF s/ cobro de pesos”, sent. 1713.

(37) Puede verse: SCBA, 07/08/2013, “Carlos Giudice SA c. Marezi, Mónica B. s/ cobro ejecutivo”, c. 117.930; *id.*, 01/09/2010, “Cuevas c. Salcedo”, c. 109.305; *id.*, 06/11/2013, “Neiendam, Héctor D. c. Massaro, Beatriz M. s/ cobro ejecutivo”, c. 58.067, entre otros). *Vid.* QUAGLIA, M. – MENOSSE, L., “Transversalidad del derecho de consumo. Un fallo señero”, LA LEY del 24/05/2017, ps. 8 y ss. A favor de la tesis restrictiva: CCiv. y Com. Junín, 05/04/2016, “CFN SA c. Argüello, Oscar R. s/ cobro ejecutivo”. Por la tesis amplia: CNCom., 29/06/2011, “Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores”, expte. S. 2093/09; *id.*, sala C, 21/12/2016, “Banco Santander Río SA c. Vera Valladares, Daniela A. s/ ejecutivo”; *id.*, 23/02/2017, sala F, “Vidaplan SA c. L., T. D. s/ ejecutivo”; CANOSA, F. M., “Títulos de crédito. Un refugio del viejo paradigma”, *Revista Jurídica de Daños*, nro. 18, octubre, 2017, IJ-CCCLXXVII-99. También ver: BILBAO, J., “Inhabilidad del pagaré de consumo y un pronunciamiento que dará que hablar”, Ed. La Ley, Buenos Aires, agosto, 2013, ps. 724 y ss. TAMBUSI, Carlos, “*Quid* de la protección del consumidor”, en TAMBUSI, Carlos E. (dir.), *Ley de Defensa del Consumidor*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 48; CCiv. y Com. Junín, 02/02/2017, “Fiat Crédito Cía. Financiera SA c. De Natale, César L. s/ acción de secuestro (art. 39, ley 12.962)”, voto de la mayoría. En disidencia, Guardiola sostuvo la viabilidad de la ejecución. Por la tesis ecléctica: CCiv. y Com. Azul, en pleno, 09/03/2017, “HSBC Bank Argentina c. Pardo, Cristian D. s/ cobro ejecutivo”. A favor: SAUX, E., “El pagaré de consumo: una figura jurídica no legislada y controversial”, LA LEY del 27/03/2017, ps. 5 y ss.; CCiv. y

gla en las legislaciones adjetivas más modernas (38).

3. Solidarismo probatorio: provoca la intensificación de los poderes ordenatorios, instructorios y cautelares del juez, y un desplazamiento del principio dispositivo clásico por un "solidarismo probatorio" (39). Dada su índole procesal ha sido contemplado en las noventa leyes rituales provinciales (40). Asimismo, los proyectos regulatorios de procesos de consumo reglamentan este aspecto indispensable en la tutela diferenciada de los consumidores (41). Se ha generado un atractivo debate acerca de la naturaleza de este "solidarismo procesal" en la LDC, que ha derivado en un abanico de respuestas (42), pero la tendencia en la materia marca que el solidarismo probatorio no conlleva una inversión de la carga de la prueba.

---

Com. Misiones, sala I, 18/10/2017, "Carsa SA c. Ramírez, José L. s/ proceso ejecutivo".

(38) Así, el art. 245 del Cód. Proc. Mendoza: "Cuando en el proceso monitorio cambiario resultare que subyace una relación de consumo, el juez, a pedido de parte o de oficio, ordenará que sean acompañados los antecedentes documentales que acrediten el cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 8º bis, 36, 37 y cc. de la ley 24.240; y arts. 1097, 1119, 1120 y cc. del Cód. Civ. y Com. El juez podrá presumir la existencia de una relación de consumo de la sola calidad de las partes de la relación cambial, conforme a las constancias del título ejecutado. La presente norma será aplicable incluso cuando el título hubiere circulado".

(39) TAMBUSSI, C., "Responsabilidad de la empresa de telefonía celular por modificación unilateral del plan contratado. Daño moral y punitivo", LA LEY del 18/09/2017, p. 6.

(40) Art. 207, Cód. Proc. Civ. y Com. y Trib. Mendoza. Y arts. 485 y 486 del recientemente sancionado Cód. Proc. Civ. y Com. Tucumán, con comienzo de vigencia el 01/10/2022.

(41) Ver art. 167 del anteproyecto de reforma de la LDC.

(42) Puede verse: VINTI, Á., "La carga dinámica de la prueba en la Ley de Defensa del Consumidor. Las consecuencias de la frustración de la prueba", LLBA, (feb.), 17, AR/DOC/363/2016; SÁENZ, L., "Distribución de la carga de la prueba en las relaciones de consumo", LA LEY, 2015-C, 512; ARIAS, M. - QUAGLIA, M., "El incumplimiento de la garantía legal y las cuestiones probatorias en las relaciones de consumo", LA LEY del 02/12/2019.

4. Defensa de la competencia: abuso de posición dominante: A lo reseñado, deben adicionarse, especialmente por los principios que provienen de la defensa de la libre competencia y de la lealtad comercial (en la que hay que incluir la competencia desleal), de conformidad al diálogo de fuentes que explicita el art. 3º de la LDC, por el que se impone leer el sistema de protección de los consumidores en consonancia con todas las directrices de amparo del mercado. A modo de ejemplo, en esta dimensión se destaca, entre otros, el principio de abuso de posición dominante, explícitamente contemplado en el art. 11 del Cód. Civ. y Com. (43).

Además del primordial inventario proveniente de la res. 310/2020 SCI, hubo otros intentos doctrinales y jurisprudenciales de sistematización de principios.

Lejos de cualquier ánimo de exhaustividad, por ejemplo, es atrayente recordar la siguiente sistematización de principios del derecho del consumidor de Condomí: a) principios de integración, que se desdoblaron en: a.1) integración disciplinaria ("policompetencia"); a.2) integración jurídico - normativa ([sub] principio del centro dinámico de referencia); b) principio de primacía de la realidad condicionada; c) principio de configuración genérica; d) principios pro consumidor; e) principio de comunicabilidad; f) principio de buena fe/transparencia; g) principio de reparación integral; h) principio de economía (44).

En el derecho comparado también se verifican semejantes ensayos de categorización. El Tribunal Constitucional de Perú (45) formalizó un esfuerzo pedagógico, que amerita transcribirse. Los principios enunciados en una sentencia de aquel tribunal fueron los siguientes: a) protectorio (el fallo dice erradamente "pro

---

(43) Puede verse: SAHIÁN, J. "Abuso de posición dominante", *Homenaje del Instituto Noroeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba al presidente honorario Prof. Dr. Julio I. Altamira Gigena*, del 07/07/2020, IJ-CMXXI-246.

(44) Ver CONDOMÍ, A., "Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte", *Infojus* del 25/10/2013, DACF130328.

(45) Trib. Const. Perú, 17/01/2005, "Agua Pura Rovic SAC", expte. 3315-2004-AA/TC, f. 9, g).

consumidor”) (46); b) proscripción del abuso del derecho (47); c) isonomía real (48); d) *res-titutio in integrum* (49); e) transparencia (50); f) veracidad (51); g) *in dubio pro* consumidor (52); h) principio pro asociativo (53).

Finalmente, merece remarcarse que, en la Unión Europea, el principio de equivalencia (54) es uno de los más relevantes, conforme al cual, cuando en virtud del derecho interno el juez nacional esté facultado u obligado a apreciar de oficio la legalidad de un acto jurídico a la luz de las normas nacionales de orden público, también debe estar facultado u obligado a apreciar de oficio la legalidad de tal acto desde el punto de vista de la normativa supranacional —v.gr., directiva 93/13 sobre cláusulas

(46) Acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores y usuarios en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios.

(47) Plantea que el Estado combata toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contractuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios.

(48) Las relaciones comerciales entre los proveedores y los consumidores y usuarios se deben establecer en función de trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales.

(49) El Estado debe resguardar el resarcimiento por los daños causados por el proveedor a los consumidores o usuarios en el marco de una relación comercial.

(50) Se debe asegurar que los proveedores generen una plena accesibilidad de información a los consumidores y usuarios, acerca de los productos y servicios que les ofertan.

(51) Se garantiza la autoridad y realidad absoluta de la información que el proveedor trasmite a los consumidores y usuarios en relación con las calidades, propiedades o características de los productos y servicios que las ofertan.

(52) Los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado deben realizar una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de ellas. En puridad, alude a una proyección del principio pro consumidor.

(53) Se debe facilitar la creación y actuación de asociaciones de consumidores o usuarios, a efectos de que estos puedan defender corporativamente sus intereses.

(54) Cfr. TJUE, Gran Sala, 17/05/2022, asunto C 869/19.

abusivas (55)—. Si bien fácil resulta advertir que, en el primer paso, se trata de un principio especialmente relevante para los países europeos por su derecho supranacional imperativo, no debe descartarse en nuestras latitudes para atender al derecho del Mercosur, derecho convencional o inclusive ante disposiciones de organismos internacionales.

Todo lo dicho, en materia de principios sustantivos cobró ya realidad, en el ámbito adjetivo, mediante la sanción del Código Procesal de Justicia en Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que se caracteriza por el desarrollo de los principios que exteriorizan los objetivos que contiene el Código en forma preceptiva. La legislación pronuncia las finalidades que persigue y cómo se propone lograrlas, fijando pautas de coherencia. Así las cosas, el cap. 1º del Cód. Proc. Relaciones de Consumo de la CABA (arts. 1º y 2º) se compone de directrices que permiten zanjar las dificultades en la exégesis del resto de las disposiciones. Dicha “apertura” contribuye a afianzar la impresión de que se está ante un cuerpo normativo signado por la congruencia “tutelar” de sus soluciones particulares (56). Pero los incs. 6º a 9º contemplan principios provenientes del microsistema de protección del consumidor, extrapolados al ámbito adjetivo: protectorio, pro consumidor, orden público y operatividad, sustentabilidad.

(55) Por lo tanto, en tal situación, desde el momento en que los elementos de los autos que obran en poder del juez nacional lleven a interrogarse sobre el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual, dicho juez está obligado a apreciar de oficio la legalidad de esa cláusula a la luz de los criterios establecidos en la citada directiva (véase, en este sentido, TJUE de Luxemburgo, 30/05/2013, “Jorös”, c. 397/11, EU:C:2013:340, apart. 30).

(56) El art. 1º, inc. 1º, enuncia seis tradicionales principios procesales que encarnan las propensiones rituales más modernas, esto es: informalidad, celeridad, inmediatez, concentración, economía procesal y oralidad. Los restantes incisos del mismo artículo agregan otros principios procesales: oficiosidad, conciliación y tutela efectiva, en los incs. 4º, 5º y 10. Para un desarrollo de estos principios puede verse: SAHIÁN, J., “Principios generales de protección del consumidor en el proceso e interpretación de las normas”, RDCO 308, 21, AR/DOC/944/2021; *id.*, “La necesidad de regulación de los Procesos Individuales de Consumo. Comentario al Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán”, SJA del 07/10/2020, 59, AR/DOC/1208/2020.

A través de otra técnica, se han promulgado normas provinciales continentales de disposiciones adhesivas a la legislación nacional, procesales y administrativas (57). Dentro de otra alternativa, también se verifican modelos locales bajo novedosas formas de “Códigos de implementación,” como el de Buenos Aires [ley 13.133 (58)] y San Juan [ley 7.14 (59)]. Estos digestos contienen “directrices políticas,” pero no están edificados bajo un gobierno explícito de principios en sentido estricto.

En cambio, un poco más allá fue el Proyecto de Código de Implementación derecho del consumidor que se presentó en Santa Fe (60), que bajo una justificación de un digesto procesal y administrativo-procedimental tiene serias aspiraciones de codificación, con las lógicas limitaciones competenciales que impone el art. 75, inc. 22, de la CN. El art. 3º de dicho Código coincide en su mayor parte con los principios de los Proyectos de Códigos de Defensa de los Consumidores en debate en los parlamentos nacionales. Aunque añade, en el art. 2º, una interesante norma metodológica que prescribe que, para la construcción de las respuestas jurídicas —administrativas y judiciales— se debe integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego, y de acuerdo con los principios que lo rigen. En caso de duda, debe prevalecer la interpretación que resulte más favorable a la persona consumidora.

Finalmente, y para quienes pensamos que existe un solapamiento entre derechos de los consumidores y derechos humanos, y que los principios aplicables a estos últimos pueden co-

(57) V.gr., ley 5547 de Mendoza (BO del 20/09/1990), ley 8973 de Entre Ríos (BO del 21/12/1995), ley 8365 de Tucumán (publ. 05/11/2010); entre otras.

(58) BO del 05/01/2004.

(59) BO del 08/09/2006.

(60) Con una comisión integrada por: Cósimo Gonzalo Sozzo (coord.), Lorena Bianchi, Susana Gueiler; Aidilio Fabiano, Carlos A. Hernández y Marcelo C. Quaglia, en nuestro carácter de miembros de la Comisión convocada por el dec. 880/2021.

rrer en ayuda de aquellos (61), es dable tener en consideración también los principios del derecho internacional de los derechos humanos. La remisión de los arts. 1097 y 1098 del Cód. Civ. y Com. a los principios convencionales y constitucionales confirman esta tesis.

Puede detallarse enunciativamente los siguientes principios rectores del derecho de los derechos humanos: *pacta sunt servanda*, *pro homine*, *effect utile*, *pro cives*, *favor libertatis* (que aquí será *debilis*). Merecen subrayarse también las hermenéuticas “evolutivas,” “dinámicas,” “limitativas de las restricciones,” “mutativa por adición” y la interpretación “conforme”. Lo dicho cobra especial relevancia respecto del principio de progresividad abajo tratado.

## II. Hipervulnerabilidad de los consumidores en entornos digitales

El tratamiento de la problemática de los denominados consumidores hipervulnerables vino cobrando especial trascendencia en los últimos años [con dispar terminología: “subconsumidores” (62) o “consumidores particularmente frágiles” (63)], y cobró renovado impulso de la mano de Sebastián Barocelli (64).

En las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor de 2015 se verifican algunas referencias a los consumidores en situación vulnerable y de desventaja —arts. 5º, apart. b), 11, apart. a), 42 y 77—.

(61) Puede verse: SAHIÁN, J., “Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores. Diálogo con los derechos humanos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, ps. 483-484.

(62) La expresión pertenece a GHIDINI, G., “Per i consumator”, Zanichelli, Bolonia, 1977, p. 64.

(63) La expresión pertenece a BIHL, “La protection du consommateur particulièrement fragile”, *JCP (Semaine Juridique, ed. Entreprise)*, nro. 2, 1985, ps. 34-36; según cita de CAVANILLAS MÚGICA, S., “La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”, *Estudios sobre Consumo, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional del Consumo*, nro. 18, 1990, p. 45.

(64) Ver, BAROCELLI, S., “Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables”, en *Consumidores hipervulnerables*, ED, Buenos Aires, 2018, ps. 9-53.

Y, asimismo, ha gozado de recepción en el derecho comparado regional **(65)**.

Y, más elípticamente, alguna normativa comunitaria europea contempla casos de consumidores especialmente vulnerables **(66)**. La directiva 2011/83/UE, en su consid. 34, alude al denominado consumidor vulnerable. El Código de Consumo francés insinúa este concepto en su art. 121-1; y el Digesto italiano de Defensa del Consumidor hace lo propio en los arts. 4º y 20. En la versión originaria de la Ley General de Defensa del Consumidor y Usuario (LGDCU, luego TRLGDCU) española se incorporó el derecho subjetivo a la "protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión" (art. 2.1.f) **(67)**. También se ha reconocido agravada tutela de los consumidores, en algunos estatutos de Comunidades Autónomas españolas **(68)**. Pero lo cierto es que, no obstante la relevancia teórica de tales disposiciones, ellas no han experimentado en la labor jurisdiccional una paralela notabilidad práctica o efectividad destacable.

El punto de inflexión en la temática en nuestro país lo marcó la res. 139/2020 del 28 de mayo (SCI), por la que se positivizó el concepto de

**(65)** Tal el caso del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, cuyo art. 39, parág. IV, regla como práctica abusiva el hecho de prevalerse de la ignorancia, edad, salud o condición social del consumidor, para imponerle sus productos o servicios.

**(66)** La dec. 2010/15 de la Comisión de 16/12/2009; la directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13/07/2009, sobre Normas Comunes para el Mercado Interior de la Electricidad; el Programa Plurianual de Consumidores, actualmente vigente, esto es para el período 2014-2020 (reglamento UE 254/2014 del Parlamento Europeo), entre otras.

**(67)** Luego, en el real decreto legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido LGDCU, se mantuvo ese carácter de "derecho básico", pero reformando la redacción del precepto, asemejándolo más al contexto constitucional. Así, se reglaba: "La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión" (art. 8.f.).

**(68)** Ver ACEDO PENCO, A., "Los subconsumidores como colectivos de especial protección reconocidos en el Estatuto de los Consumidores de Extremadura", *Anuario de la Facultad de Derecho, Badajoz, Universidad de Extremadura*, nro. 22, 2014, ps. 195-203.

hipervulnerabilidad, y específicamente en el marco procedimental. Esta extraordinaria resolución, en su art. 2º **(69)** se ocupa de efectuar un detalle enunciativo de las debilidades coyunturales que pueden coadyuvar a la configuración de una vulnerabilidad agravada. Acertadamente la norma tiene como eje "hiposuficiencias" tradicionales.

Ahora bien, y en lo que especialmente nos interesa a los fines de este trabajo, la aparición de consumidores en entornos digitales parece ponernos en presencia de una nueva clase de hipervulnerabilidad producida por el propio fenómeno tecnológico. En esta dimensión, en un primer momento, el acento solo se puso en el analfabetismo digital **(70)**, pero hoy ya se advierte que la falta de equiparación con el consumidor no digital, sitúa al consumidor digital *per se* como un hipervulnerable "originario". De ahí la importancia de lo mencionado.

**(69)** Art. 2º: "A los efectos de la presente medida podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones: a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero); c) ser personas mayores de 70 años; d) ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite; e) la condición de persona migrante o turista; f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios; g) ruralidad; h) residencia en barrios populares conforme ley 27.453; i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los siguientes requisitos: 1) ser jubilado/a o pensionado/a o trabajador/a en relación de dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a dos [2] salarios mínimos vitales y móviles; 2) ser monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en dos [2] veces el salario mínimo vital y móvil; 3) ser beneficiario/a de una pensión no contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a dos [2] veces el salario mínimo vital y móvil; 4) ser beneficiario/a de la asignación por embarazo para protección social o la asignación universal por hijo para protección social; 5) estar inscripto/a en el régimen de monotributo social; 6) estar incorporado/a en el régimen especial de seguridad social para empleados del servicio doméstico (ley 26.844); 7) estar percibiendo el seguro de desempleo; 8) ser titular de una pensión vitalicia a veteranos de guerra del Atlántico Sur (ley 23.848);

**(70)** MULERO, G., "Los principios del sistema de protección del consumidor y su proyección en los entornos digitales", LA LEY del 28/12/2020, 1, AR/DOC/3820/2020.

### III. Principio de progresividad y no regresión en el derecho del consumidor

En aquellos regímenes constitucionales donde los derechos de los consumidores revisten naturaleza de derechos sociales fundamentales y los instrumentos de garantía de los derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad, entonces, una modificación legislativa que disminuya la protección de los consumidores podría resultar susceptible de ilegitimidad por no superar un test de regresividad (71).

Pero, como las dos caras de Jano, este principio también presenta la arista positiva de la progresividad, originariamente pensada para auxilio de los "derechos sociales" (72), que se traduce en el deber del Estado de adoptar las medidas técnicas, económicas y legislativas para lograr sucesivamente la plena efectividad de los derechos garantizados. Bajo ese prisma, el Estado no puede darse por satisfecho con el reconocimiento de un mínimo del derecho; por el contrario, el cumplimiento debe ir en aumento y no quedarse estático. La progresividad implica al mismo tiempo un mandato de gradualidad y de no reversibilidad en la actuación estatal. En el sistema internacional de protección de los derechos humanos, la apuntada pauta se encuentra normativamente prevista (73).

La pregunta que nos cabe, más allá de nuestra opinión positiva, es si el principio de progresividad se aplica al derecho del consumidor. A más de la ya mencionada res. 36/2019 del Mercosur, que lo enuncia en primer término.

(71) SAHIÁN, "Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores", LA LEY del 26/12/2017, ps. 1 y ss.

(72) RONCONI, L., "¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida? Un análisis a la luz del principio de proporcionalidad", *Supl. Const.*, LA LEY, 2010-D, 901.

(73) En el art. 2.1 del PIDESC y, de un modo más mediato, en el art. 11.1. A su turno, el art. 2.1 del PIDESC sirvió de base para la formulación del art. 26 de la CADH y al art. 1º del Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador. Asimismo, este Protocolo contiene normas semejantes a los arts. 2º y 29.b) de la CADH.

Ciertamente, la efectiva vigencia del sistema de defensa del consumidor requiere de una tutela judicial progresiva (74) y ha postulado la aplicación del principio de progresividad —proveniente del art. 26 de la CADH— a los derechos económicos, sociales y culturales de los consumidores (75). En tesis análoga, se enfatiza que los derechos humanos y los de los consumidores gozan de caracteres comunes y merecen el mismo tratamiento, con base precisamente en el desarrollo progresivo y no regresivo (76). Incluso se deriva la prohibición de retroceso, del propio "principio protectorio". A partir de esta pauta, una nueva norma nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un consumidor (77).

La modificación en la figura del *bystander* por parte del Cód. Civ. y Com. motivó debates sobre la posible regresividad de la transforma-

(74) STIGLITZ, Gabriel, "Tutela judicial progresiva del consumidor", RCyS, 2013, ps. 183 y ss. En similar criterio el jurista reitera, en otra publicación, que con el nuevo Cód. Civ. y Com., el derecho del consumidor se nutre de "regulaciones progresivas" (STIGLITZ, Gabriel, "El derecho...", cit., p. 261).

(75) STIGLITZ, G., "Los principios del derecho del consumidor y los derechos fundamentales", en STIGLITZ, Gabriel A. - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), ob. cit., p. 311.

(76) TAMBUSI, C., "Ejecución de pagarés...", cit.; *id.*, "Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos", *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, Lima, nro. 13, año XII, 2014, p. 97; *id.*, "Elementos interpretativos y de fondo propios de los derechos humanos en las normas de consumo del Código Civil y Comercial", en TAMBUSI, Carlos E. [dir.], *Ley de Defensa del Consumidor*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, ps. 445 y 447).

(77) BAROCELLI, S., "Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial", DCCyE, feb. 2015, ps. 63 y ss. También abonan la extensión a los derechos de los consumidores de la regla de progresividad: VILLARRAGUT, M. - CALDERÓN, M., "El beneficio de gratuidad de la Ley de Defensa del Consumidor en la jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones de Córdoba", LLCb., nov. 2011, ps. 1047 y ss.; GHERSI, C., "Las relaciones del manual del usuario con la ley de derechos del consumidor, el Código Civil y Comercial de la Nación y la ley de responsabilidad del Estado", AR/DOC/1445/2015.

ción legislativa **(78)**. Algunas voces se elevaron, arguyendo que la restricción a la figura del *bystander* —dispuesta por el pto. 3.1 del anexo II de la ley 26.994— conllevaba una transgresión a la prohibición de regresividad **(79)**; mención que efectuamos a los fines de visibilizar que el test de regresividad se empleó en materia de consumo.

Por otro lado, en los derechos supranacionales encontramos algunos ejemplos de jerarquización de la prohibición de regresividad a los derechos de los consumidores.

De forma más elíptica, en el art. 906.2 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte impone a los Estados el deber de evitar, en el marco de la compatibilización de las medidas relativas a normalización que se adopten, la disminución de las medidas de protección a los consumidores. Aquí puede observarse una suerte de estándar mínimo. Si bien no establece cuál es la base ideal de protección a los consumidores, el Tratado prescribe que las normas que se dicten por los Estados parte no pueden ir en desmedro del nivel de protección de los consumidores que se tenga a ese momento. En otras palabras, lo que instituye el tratado es una prohibición de regresión.

La tendencia legislativa se orienta prístinamente en ese sentido **(80)**.

(78) Ver la descripción del problema en: SAHIÁN, José H., "Dimensión constitucional de la tutela...", cit., ps. 261-270.

(79) Así: GELCICH, M., "Derogación del *bystander*: inoperante restricción a los derechos del consumidor", *Errenews*, del 11/12/2015, p. 12. BARLETTA, Alejandro H., "La eliminación del 'bystander' en el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012", *Revista jurídica UCES*, nro. 18, Buenos Aires, 2014, p. 39; TAMBUSI, Carlos E., "Encomio del 'bystander'", *Microjuris* del 09/05/2013, MJ-DOC-6264-AR; RUSCONI, Dante, "La 'privatización' del Derecho del Consumidor (por el Código Civil y Comercial de la Nación)", 03/11/2015, [www.http://danterusconi.blogspot.com.ar/](http://danterusconi.blogspot.com.ar/). Se explican las distintas posturas en: CHAMATRÓPULOS, Demetrio A., "Defensa del consumidor", en CHOMER, Héctor - SÍCOLI, Silvio, *Derecho comercial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. IV, 2015, p. 74.

(80) Los actuales proyectos de reforma de la LDC (exp-tes.: 3143-D-2020 y 5156-D-2020).

En ese contexto, ante el fenómeno creciente de las violaciones a los consumidores en entornos digitales, el Estado debe adoptar las medidas de políticas públicas y legislativas tendientes a evitar tales transgresiones. Si bien, lógicamente, no estamos queriendo significar que si el Estado Argentino no adopta una legislación como la DSA en debate en la UE incumple con el mencionado principio, mantenerse impávido tampoco parece una alternativa razonable.

De ahí la importancia que, la extrapolación del principio de progresividad desde el derecho internacional de los derechos humanos, juega para exigir al Estado la adopción de medidas tendientes a limitar las violaciones de los intereses de los consumidores en entornos tecnológicos, en una sociedad, donde todos sus actores prácticamente constriñen al consumidor y al usuario a dirigirse inexorablemente a ese espacio digital.

#### IV. Principio de equiparación

Ahora bien, el principio de progresividad procurará que los Estados maximicen, en el marco de sus posibilidades, la mayor protección a los consumidores, pero para que ello se efectivice en el ámbito de los entornos digitales, aquella directriz debe complementarse con el principio de equiparación, que exige un estándar mínimo concreto.

Este principio ha sido repetidamente reglado en el ámbito internacional **(81)**. E inclusive, desde allí, lo ha tomado nuestra jurisprudencia **(82)**.

(81) ONU, al regular comercio electrónico en la regla 63 de las Directrices para la Protección del Consumidor 2016-2017: "Los Estados miembros deben esforzarse por fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, mediante la formulación constante de políticas de protección del consumidor transparentes y eficaces, que garanticen un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio".

(82) CCont. Adm. y Trib. CABA, 11/06/2018, "Mercado Libre SRL c. Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor", AR/JUR/24534/2018. Se resolvió que "[c]orresponde rechazar el recurso interpuesto por Mercado Libre contra la multa dispuesta

Pero la pregunta subsiguiente (de futuro inmediato) que ya debemos hacernos es si la equiparación será suficiente en entornos digitales cada vez más sofisticados, donde la inteligencia artificial ya es una realidad.

En la Agenda 2030 de Naciones Unidas (83), el objetivo de desarrollo sostenible 16, "Paz, justicia e instituciones sólidas", alienta la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas y la provisión de acceso a la justicia para todos. Y de cara a esa sustentabilidad de los sistemas judiciales, el progreso tecnológico deviene indispensable (84), lo que vincula al principio de equiparación con el de armonización.

El desafío regulatorio es de una complejidad sin precedentes, ante una mutabilidad a la que nunca se enfrentó la ciencia jurídica. Ante ello, el empleo de principios puede erigirse como la primordial herramienta para facilitar la mixtura entre inteligencia artificial y tutela efectiva. Es que, como anticipamos, los principios proporcionan un mayor grado de apertura y flexibilidad, y sorteando los trances propios de la casuística de un enfoque centrado en reglas.

Una fuente mediata de principios, "aggiornables", son las directrices concebidas para diagramar los procesos en línea. En este ámbito, los principios iniciales son: privacidad y confi-

por la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor por infracción al art. 4º, originada en la demanda de una usuaria que compró 100 sándwiches de miga a un vendedor del sitio, que nunca se los entregó". Se juzgó que, toda vez que la demandada interviene, y por ende es responsable, desde el mismo momento en que, creando apariencia, logra atraer para sí la confianza de sus clientes, confianza que constituye la fuente primaria de sus obligaciones y también de sus ganancias. Pero lo interesante a los fines que nos ocupa es que cita expresa de la regla 63 de las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, aprobadas por la Asamblea General mediante la res. 39/248.

(83) Del 25/09/2015, disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>.

(84) PALMA, L., "Justicia, innovación y eficiencia. avances y perspectivas", *elDial.com, Suplemento de Nuevas Tecnologías e Inteligencia Artificial*, del 16/09/2021, p. 9; disponible en <https://ssrn.com/abstract=3925529>.

dencialidad (85), información adecuada (86) y consentimiento (87). La regulación de la UE —esencialmente para las ADR— reclama: experiencia, independencia e imparcialidad, transparencia, eficacia, equidad, libertad, legalidad (88); lo que, *mutatis mutandis*, puede ser exportado al fenómeno que nos ocupa.

Hay instrumentos que ya prevén listados de directrices en los que abrevar. Así, los Principios Éticos para la Resolución de Controversias en Línea (89), donde se enumera: accesibilidad, competencia, confidencialidad, empoderamiento, igualdad, equidad, honestidad, imparcialidad, participación informada, innovación, integración, obligación legal, neutralidad, protección contra el daño, seguridad, transparencia. Un listado semejante desarrolló el Consejo Internacional para la Resolución de Disputas en Línea ICODR (International Council for Online Dispute Resolution) (90).

(85) El consid. 27 del Regl. (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21/05/2013 "sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo" exige que debe mediar adecuación a la directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24/10/1995 "relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos" y por el reglamento (CE) 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18/12/2000, "relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos".

(86) Cfr. art. 14.1 del reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo.

(87) El consid. 28 del reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo exige que debe ponerse a disposición del público una nota exhaustiva de protección de la intimidad y explicar, en un lenguaje claro y sencillo, el tratamiento efectuado bajo la responsabilidad de los distintos actores de la plataforma, con arreglo a los arts. 11 y 12 del reglamento (CE) 45/2001 y a la legislación nacional adoptada con arreglo a los arts. 10 y 11 de la directiva 95/46/CE.

(88) Arts. 6º a 11 de la directiva 2013/11/EU.

(89) De la NCTDR, "Ethical Principles for Online Dispute Resolution"; <http://odr.info/ethics-and-odr/>. Leah Wing, autora principal, 2016.

(90) ICODR, "Standards for Online Dispute Resolution", <https://icodr.org/stand-ards/>. Detalla que las ODR deben ser: accesible, responsable, competente, confi-

De lo transcripto se desprende que una de las dificultades será juzgar hasta qué punto los principios que conocemos serán adaptables a las nuevas condiciones que acarrearán la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías.

## V. Conclusiones

En un artículo sobre la aplicación de inteligencia artificial a los procesos, R. J. Allen ya tituló que “El mundo es demasiado complicado para capturarlo con reglas”.

En un microsistema de defensa del consumidor sin un sistema tan sofisticado de reglas

---

dencial, igualdad, justo o imparcial o neutral, legal, seguro, transparente.

como se propicia en otras latitudes, la relevancia de construir el modelo, a partir de pautas abiertas, se torna un imperativo. El operador jurídico está interpelado a tener presente una serie de principios expresos e implícitos, a los que hicimos referencia a lo largo de este trabajo, sin pretensión de carácter taxativo.

Pero hay algunos principios que asumen una especial significación, en el presente debate, a los efectos de dotar a los consumidores en entornos digitales de protección cabal. Y ellos son, a nuestro entender, los principios de progresividad y el de equiparación. El éxito de la tutela de este nuevo fenómeno está fatalmente unido al sólido cimiento de los principios explícitos e implícitos aludidos, especialmente a los dos mencionados en último lugar.



# COMISIÓN N° 6. DERECHOS REALES

ANTICRESIS



# Derecho real de anticresis: cuestiones controvertidas y reformas necesarias para su efectividad

Nelson G. A. Cossari (\*)

Leandro R. N. Cossari (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Los proyectos de reforma y su mantenimiento en el código vigente.— III. Razones de la utilización marginal de la anticresis.— IV. Conclusiones.

## I. Introducción

1. Motiva especialmente este trabajo el hecho de que el derecho real de anticresis será el tema que examinará la comisión de Derechos Reales en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se celebrarán en Mendoza entre el 22 y 24 de septiembre del corriente año.

2. La anticresis es sin dudas el derecho real, incorporado al Cód. Civ. y Com., más desconocido de nuestro ordenamiento civil. Ello ocurría con la regulación anterior y sigue sucediendo con la actual.

No se trata de un fenómeno exclusivo de nuestro derecho.

El proyecto de Cód. Civil francés no la contemplaba, pero se mantuvo en el Código Napo-

león por pedido de los tribunales del Mediodía francés. Ripert y Boulanger concluyen que la anticresis es anacrónica (1). En el año 2006 la anticresis, en Francia, sufre una profunda reforma y deja de “organizarse en torno a la obtención de frutos para pasar a ser definida como una garantía de afección de la propiedad del inmueble y desplazando por tanto el carácter esencial, la naturaleza propia de la garantía, desde la obtención y percepción de los frutos y rendimientos a la adjudicación en pago en los supuestos de incumplimiento” (2). La ley 2009/526, en consonancia con el cambio de regulación anteriormente operado, cambia su nombre al de prenda inmobiliaria.

En España se ha dicho que “sugiere dudas y perplejidades que contrastan con la poca atención doctrinal que, monográficamente, ha suscitado y con la escasa aplicación práctica que

---

(\*) Abogado egresado con diploma de honor (UCA); doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UCA); profesor titular ordinario de Derechos Reales (UCA); director de la carrera de Abogacía y posgrados (UCA); exdecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UCA).

(\*\*) Abogado egresado con diploma de honor (UCA); abogado especialista en Magistratura (UCA); profesor adjunto de Derechos Reales (UCA, UCEL); profesor de Ética Profesional y Social (UCA); docente de Derecho Civil IV (UNR).

---

(1) RIPERT, Georges – BOULANGER, Jean, "Tratado de derecho civil", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1987, t. VII, trad. D. García Daireaux, p. 48.

(2) ALEGRE DE MIQUEL, Jorge, "La anticresis: función y finalidad en el Código Civil español y en el Código Civil de Cataluña", tesis doctoral, ESADE, Facultad de Derecho, Universitat Ramon Llull, Barcelona, 2013, p. 25.

de ella se hace en el tráfico" (3). Su regulación ha sido calificada como precipitada, e introducida a última hora siguiendo la regulación francesa (4). Otro autor va a decir lacónicamente, acerca de su importancia: "Es institución poco usada" (5).

En Italia su aplicación ha sido escasa y el Código de 1942 la regula como contrato. Se subraya que a la época de la sanción del Código se la practicaba en el sur del país (6).

Una de las legislaciones más modernas es la de Cataluña, donde se afirma que "sorprende más que en 2006 (...) de nuevo el legislador (...) entre a regular este derecho hasta ahora de tan escaso uso, y dotándolo de una regulación que si bien es más precisa que la del Cód. Civil español, no por ello le otorga un contenido funcional suficiente como para poder imaginar un posible desarrollo o uso cierto de la institución" (7).

3. Se ha señalado que la anticresis tiene el gran inconveniente de oponerse a la explotación económica de los bienes; al acreedor anticresista le preocupa más sacarle provecho que mantenerlos adecuadamente (8). Por su parte, sostiene Borda que el deudor prefiere la hipoteca donde puede continuar en posesión del bien librándose de los perjuicios que este desprendimiento patrimonial significa; y al acreedor también le basta con la hipoteca que, "por lo demás, le evita las molestias y responsabilidades de tomar la posesión del inmueble, hacerle producir frutos, etc." (9). Castán Tobeñas afirma que es

mirada con poca simpatía por la doctrina considerándola un procedimiento rudimentario de crédito (10).

4. La inadecuación como instrumento económico de crédito no es menor. Tanto es así que en países como Bolivia, donde el instituto se encuentra difundido, obra como un curioso reemplazo de la locación donde el dueño del inmueble por una suma —que deberá devolver a su terminación, y que se pacta que no llevará intereses— entrega la finca al acreedor anticresista, quien a su vez podrá disfrutar de ella y obtener a su terminación de regreso el dinero dado en préstamo, posiblemente deteriorado por la inflación, o conseguir otro acreedor anticresista que pague el precio para así poder gozar del inmueble.

5. En doctrina, sin embargo, muchos autores —a los que adherimos— abogaron por su mantenimiento. Así, Borda sostiene que "la anticresis no ha muerto. Llena a veces necesidades que la hipoteca no cubre. Supongamos un deudor en comprometida situación patrimonial, dueño de un inmueble que no quiere o no puede explotar, sea por enfermedad, ausencia, falta de aptitud. Supongamos, asimismo, un acreedor con espíritu de empresa, que ve la posibilidad de hacer rendir importantes frutos al inmueble. La anticresis da solución a este interés recíproco (...) aunque tiene muy poca aplicación práctica, sin embargo, la tiene y ello parece justificar el mantenimiento de una institución que satisface ciertas situaciones que no por poco frecuentes son menos dignas de protección por el legislador" (11).

Garrido Cordobera, en su libro dedicado exclusivamente a este derecho, sostiene que "la institución en sí es buena, útil y aplicable; lo que ocurre es que el hombre común no sabe cómo funciona, no la conoce y menos aún la entiende, y los profesionales del derecho no la suelen

act. por D. M. Borda, t. II, nro. 1385.

(10) CASTÁN TOBEÑAS, "Derecho civil español, común y foral", Ed. Reus, Madrid, 1973, 11ª ed., t. 2, "Derecho de cosas", vol. 2º, p. 521.

(11) BORDA, Guillermo A., ob. cit.

(3) LACRUZ BERDEJO, José L. - SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís - LUNA SERRANO, Agustín - DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús - RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco - RAMS ALBESA, Joaquín, "Elementos de derecho civil III. Derechos reales", Ed. Dykinson, Madrid, 2004, vol. 2, 2ª ed., puesta al día por A. Luna Serrano, p. 299.

(4) *Ibidem*.

(5) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, "Derechos reales. Derecho hipotecario", Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, 3ª ed., t. II, p. 74.

(6) LOVERA, Marco, "El contrato de anticresis", Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1993, 3ª ed., p. 14.

(7) ALEGRE DE MIQUEL, Jorge, ob. cit., ps. 11, 12.

(8) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, ob. cit., p. 47.

(9) BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Derechos reales", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 5ª ed.,

aconsejar” y vislumbra posibilidades de utilización (12).

Por su parte, Highton constata que “se ha comenzado a utilizar en contratos de derecho administrativo, en los cuales una persona, como propietario o titular del inmueble, lo entrega a otra persona que se obliga a hacer construcciones o reformas en el mismo. Luego esta explota el inmueble mejorado, a cambio de un canon mensual, presumiblemente menor al que abonaría de no haber efectuado las mejoras. Eventualmente, podrían cobrarse los valores correspondientes a las obras con el producido de la explotación del inmueble” (13).

En tal orden de cosas, cabe destacarse el contrato celebrado en su momento —26 de enero de 1990— entre Ferrocarriles Argentinos y Galerías Pacífico SA, que en su cláusula primera dispone que “tiene por objeto determinar las condiciones bajo las cuales la contratista efectuará bajo el régimen de anticresis, los trabajos de construcción, remodelación y reciclaje del inmueble denominado Galerías Pacífico de propiedad del Estado Nacional Argentino —Ferrocarriles Argentinos— ubicado sobre las calles: Florida, Viamonte, San Martín y Avda. Córdoba de la Capital Federal, en un todo de acuerdo con las condiciones que más adelante se detallan”. En rigor se trata de un contrato administrativo a la manera de una anticresis, pero de mayor complejidad por las cláusulas agregadas que incluyen el pago de un canon al deudor anticresista por parte del acreedor el que a su vez cobra sus obras de la explotación del predio. Sin embargo, esto hace ver que tiene razón Garrido Cordobera, cuando afirma que quizás el desconocimiento lleva a no aplicar esta figura y Borda que aboga por su permanencia por dar respuesta a necesidades, quizá no frecuentes, pero no menos dignas de protección.

Peire menciona varios casos de la utilización de esta figura para demostrar sus posibilidades, pero no deja de ser llamativo que titula el apar-

(12) GARRIDO CORDOBERA, Lidia, "Anticresis. Un instituto vigente", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1986, p. 24.

(13) HIGHTON, Elena I., en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), "Código Civil", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, t. 5, p. 1502.

tado de su artículo doctrinal como “Casos verídicos” y luego los califica como “casos curiosos” y así desgrana, los de la oficina de telégrafo de la estación Once “emplazada en el primer piso del nuevo edificio, donde se construyó la estación Once por el sistema de anticresis y duró de 1975 a 1983” y la del hospital de Pinamar que estaba dado en anticresis a particulares hasta noviembre de 2003. Asimismo, recuerda casos fallidos como el de la proyectada autopista AU3 que se licitaría previendo “un sistema mixto de concesión de obra pública, autopista, por sistema de peaje y playas de estacionamiento y locales comerciales mediante el sistema de anticresis” (14).

Menciona el autor citado también un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia. Allí el director interino del Hospital Posadas, con el objeto de contratar el servicio de comedor y cafetería del hospital que por licitación venía efectuando “El Rincón de los Artistas SRL” más tarde —dice la Corte— “llamó a nueva licitación pública 28/92 para la concesión del mismo servicio por medio del 'sistema de anticresis'. De acuerdo a lo establecido en el pliego de condiciones generales, el adjudicatario debía ejecutar la construcción de un local para aquel objeto que quedaría 'a favor' del hospital una vez concluido el contrato”. La licitación fue aprobada, pero el contrato de anticresis nunca se firmó lo que motivó la demanda de la adjudicataria. La Corte declaró nula la adjudicación del servicio de comedor de un hospital público, con encargo al adjudicatario de construir una obra para su prestación bajo el sistema de anticresis, al no haberse dado intervención a la Administración General de Inmuebles Fiscales (15).

Otros fallos permiten detectar rastros de su utilización. Así uno en el que se menciona a los adquirentes de un inmueble situado en calle Humboldt 2457, quienes cedieron a una sociedad “bajo el régimen de anticresis - el usufructo de dicho inmueble de Humboldt 2457, por el término de diez años contados a partir del 01/07/1974, a los efectos de que la sociedad

(14) PEIRE, Juan Manuel, "La anticresis, sus posibilidades en un mercado actual", ED 249-707.

(15) CS, "El Rincón de los Artistas SRL c. Hospital Nacional Profesor A. Posadas y otro", Fallos 326:3700.

procediese a 'la construcción y explotación de un edificio (...) cuyas instalaciones serán exclusivamente destinadas al funcionamiento de un sanatorio' (16).

No existen, en cambio, prácticamente fallos que se ocupen de cuestiones medulares como la adecuada imputación de los frutos a los intereses, los efectos del incumplimiento, la conservación del inmueble, la rendición de cuentas, la forma en que lo explotó el acreedor anticresista, entre otros temas de relevancia.

## II. Los proyectos de reforma y su mantenimiento en el código vigente

Nuestros Proyectos de reforma han conservado la anticresis (Anteproyecto de Bibiloni, art. 2874 y ss.; Proyecto de 1936, art. 1806 y ss.; Anteproyecto de 1954, art. 1743 y ss.).

También los proyectos del último cuarto del siglo XX la mantuvieron.

El antecedente más directo del Cód. Civ. y Com. —el Proyecto de 1998— señala en sus Fundamentos que en la anticresis se concreta un ajuste general, “que supera las imprecisiones (...) incluso respecto a su constitución, que no subsisten en el Proyecto al ser aplicables las disposiciones generales sobre adquisición, transmisión y extinción de los derechos reales. El objeto no solo alcanza a los inmuebles, sino que se extiende a las cosas muebles registrables individualizadas, pues de otro modo con relación a esas cosas no existiría una garantía real para el supuesto de su desplazamiento”.

Dos de los autores que contribuyeron a la elaboración del Anteproyecto del actual Código destacan que su propuesta fue en primer lugar “la eliminación de la anticresis como derecho real de garantía diferenciado, conservando solo la opción de un pacto anticrético” y “subsidiariamente y para el supuesto de decidirse el mantenimiento de la anticresis conforme a su actual autonomía estatutaria (...) para remozar su régimen”.

---

(16) CNCom., sala D, "Sanatorio Humboldt, SA c. quiebra s/ Daripor, SA s/ ordinario". ED 185- 487. El fallo en realidad se ocupa de la extensión de la quiebra del Sanatorio Humboldt, SA a Daripor SA, siendo la mención de la anticresis del todo marginal.

El Cód. Civ. y Com. se decidió por su mantenimiento y en los Fundamentos del Anteproyecto 2012 se consideró que “la entrega abreviada sumada al privilegio posibilitará mayor agilidad, ya que permitirá un tiempo para usar la cosa y percibir frutos, y si es insuficiente se ejecuta el objeto”.

## III. Razones de la utilización marginal de la anticresis

Ya hemos expuesto que una de las razones de su poca difusión estriba en que existen otros instrumentos más convenientes para los acreedores.

Pero la otra es que tanto en el Código de Vélez como en el actual existen cuestiones que estimamos no adecuadamente reguladas o no suficientemente claras y que conspiran contra su utilización. Ello incluso cuando, en no pocos casos la doctrina mayoritaria se inclina por la buena solución, y es que en nuestro sistema de derechos reales donde la tipicidad se encuentra tan arraigada no conviene dejar nada abierto a una futura impugnación ante los tribunales.

Veamos cuáles son las cuestiones que más nos preocupan, sin perjuicio de existir otras también relevantes.

### III.1. Plazos demasiado exiguos

El art. 2214 fija un plazo máximo para la anticresis: “El tiempo de la anticresis no puede exceder de diez años para cosas inmuebles y de cinco años para cosas muebles registrables. Si el constituyente es el titular de un derecho real de duración menor, la anticresis se acaba con su titularidad”.

El artículo diferencia el plazo de duración máximo de la anticresis de cosas inmuebles que fija en diez años y el de muebles registrables en cinco años. Esta limitación temporal no tiene antecedentes en el Proyecto de 1998. En los fundamentos del Anteproyecto de 2012 se explica que tiene “un breve plazo máximo de diez años para inmuebles y cinco para muebles, lo que hace que no dure toda la vida del bien” y que “la entrega abreviada (...) posibilitará mayor agilidad”.

Quienes trabajaron en esta parte del anteproyecto justifican ello de la siguiente manera sugiriendo: "Establecer un plazo de duración máximo del derecho. Por ejemplo, el Cód. Civil boliviano de 1975 dispone para la anticresis un plazo no superior a cinco años (art. 1435). Se propone, a estos efectos, distinguir las cosas inmuebles de los muebles registrables en función de la amortización de su valor y aplicar por analogía los plazos de caducidad registral: de la hipoteca para las cosas inmuebles y de la prenda con registro para las cosas muebles registrables. En conclusión: se propicia la duración máxima de la anticresis de inmuebles por un plazo no superior a veinte años y de cosas registrables un plazo máximo de cinco años. Los plazos máximos se postulan para la duración del derecho y no para la caducidad registral, en razón de que este derecho confiere el uso y el goce de la cosa registrable ajena, por lo que constituye una desmembración del dominio que torna necesaria su temporalidad" (17).

Es acertado que la anticresis tenga un plazo máximo a fin de evitar que sea *sine die* la desmembración del derecho real sobre la que se constituye. Sin embargo, el plazo de diez años para inmuebles parece muy exiguo para encarar determinados emprendimientos como v.gr. el ya mencionado de Galerías Pacífico que fue de treinta años desde la recepción del inmueble (18). También aparece demasiado acotado para cosas muebles —cinco años—, que por ejemplo es un término muy escaso para una aeronave de pasajeros. No existe por lo demás coherencia con los plazos máximos establecidos para otros derechos reales sobre cosa ajena.

Si bien entendemos que la distinción de los plazos se funda en la amortización del valor de la cosa y el posible plazo de financiamiento (19), estimamos como no adecuado el límite temporal elegido por el legislador, en la medida

(17) BONO, Gustavo A. - PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Necesaria revitalización de la 'anticresis'. Proyecto de Código Civil y de Comercio de la Nación de 2012", JA, 2012-IV.

(18) El plazo máximo de diez años es también el del Código italiano en su art. 1962.

(19) BONO, Gustavo A. - PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit.

que para la elección de la garantía del crédito ya no bastará evaluar si la cosa mueble o inmueble es fructífera, sino el tiempo en que esto ocurre, por lo que quedarán excluidos supuestos por la sola circunstancia de no alcanzar, *a priori*, su meta de producir frutos suficientes en el perentorio tiempo máximo de duración.

A fin de sortear los acotados plazos se ha alegado que "si en todos los casos el derecho real sobre inmuebles se extinguiera a los diez años (art. 2214), se presentaría una incoherencia, pues la inscripción, por extenderse hasta los veinte años (art. 2218)" y que en "la anticresis sobre cosas muebles registrables (...) el plazo (...) se reduce a cinco años (art. 2214), con una nueva inexplicable discordancia con la duración de la inscripción, que aquí perduraría por diez años (art. 2218)", por lo que se postula "que el plazo decenal de la duración de la hipoteca, de la anticresis inmobiliaria y de la prenda solo rige para esos derechos reales de garantía cuando involucran créditos indeterminados ("abiertos"). Del mismo modo, puede inferirse, para reconstruir el sistema, que el plazo de cinco años de duración de la anticresis mobiliaria únicamente abarca la anticresis de créditos indeterminados ("abierta")" (20).

Pero, la duración de la inscripción en el registro no tiene necesidad de tener consonancia con el plazo máximo del derecho real. El mayor plazo de duración de la registración apunta a que vencido el plazo pueden subsistir deudas siendo por ello valiosa la persistencia del asiento registral por un lapso más extendido de tiempo.

Aún si por hipótesis aceptáramos la opinión de los autores citados de todas maneras, ante la confusa regulación legal, difícilmente los operadores recurran a esta figura por plazos mayores a los que surgen de la letra del art. 2114, por lo que se necesita una reforma para darle realmente operatividad a este derecho real en los negocios (21).

(20) ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E., "Ahorro, crédito de valor e hipoteca. Primeras reformas al Código Civil y Comercial", AR/DOC/3017/2016. En igual sentido, VÁZQUEZ, Gabriela A., "Derechos reales", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 866.

(21) Conformes con la necesidad de una reforma que derogue la limitación de los plazos o preferentemente

Aquí en consecuencia postulamos *de lege ferenda* la fijación de plazos más extensos tanto para inmuebles como muebles, los cuáles incluso podrían atender a las diferentes características de las diversas cosas muebles registrables. Reconocemos, sin embargo, que resulta difícil poner un plazo único razonable para todas ellas.

### III.2. Ejecución del crédito

Supongamos que en el plazo que dura la anticresis la deuda no logra saldarse con los frutos, y el saldo impago no es abonado por el deudor.

Vélez había previsto el caso en el art. 3251 del Cód. Civil: “No pagando el deudor el crédito al tiempo convenido, el acreedor puede pedir judicialmente que se haga la venta del inmueble”.

Nada dice, expresamente, el Código actual sobre la ejecución en el capítulo relativo a la anticresis, ni siquiera tangencialmente tal como ocurre en el caso de la ejecución hipotecaria (art. 2205), o detalladamente como en la ejecución prendaria (art. 2229), o la ejecución de la prenda con registro (art. 28 de la Ley de Prenda con Registro).

Tampoco las normas generales sobre los derechos de garantía avanzan demasiado en este punto. Incluso ni siquiera existe una mención genérica, pero directa como la del art. 2088 del Proyecto de 1998. Quizá la única norma específica es la del art. 2200, que en el cap. 1 del tít. XII que trata de las disposiciones comunes a los derechos de garantía, se refiere a la ejecución contra el propietario no deudor, y la del 2197 que se ocupa de los derechos del acreedor en el caso de la ejecución del bien gravado por un tercero. Y es que “las modalidades y condiciones de ejecución previstas por la ley para cada derecho real de garantía” que anuncia el art. 2198, no se concretan para el caso del acreedor anticresista.

Pese a estas carencias debe sostenerse que, como todo acreedor, el anticresista tiene la posibilidad de ejecutar la deuda. El art. 730, inc. a), le da la facultad de emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se

amplía los mismos: GUARDIOLA, Juan J. - URBANEJA, Marcelo E., "Repensando la anticresis", Ed. Visión Jurídica, Buenos Aires, 2021, p. 48.

ha obligado; y el 743 “exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero solo en la medida necesaria para satisfacer su crédito” (22).

De todo el plexo normativo surge como consecuencia lógica la posibilidad cierta de ejecución de la cosa (23). Saucedo —sin dar razones— afirma que el acreedor puede hacer vender la cosa en sede judicial, extrajudicial o administrativa según se hubiere pactado (24). Entendemos que, salvo ejecución extrajudicial o administrativa expresamente autorizada en legislación especial, ya sea en forma directa o permitiendo el convenio que así lo establezca entre las partes la única autorizada es la judicial (25).

Téngase presente, además, lo dispuesto en el art. 2198 que dispone las cláusulas prohibidas para todos los derechos reales de garantía.

El Código debió cumplir con lo prometido en el art. 2198 o por lo menos haber agregado al concepto de anticresis del art. 2212 (26) a la manera de la definición de hipoteca del art. 2205, que él “otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de per-

(22) En igual sentido: KIPER, Claudio, "Tratado de derecho civil", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. II, ps. 333 y 334; BONO, Gustavo A. - PUERTA DE CHACÓN, Alicia "Anticresis ¿sí o no?", LA LEY del 05/07/2021, 1.

(23) BONO, Gustavo A. - PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Necesaria revitalización...", cit., quienes argumentan fundamentalmente con los arts. 730, inc. a), y 743.

(24) SAUCEDO, Ricardo J., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., t. V, p. 872; Mariani de Vidal y Abella admiten la ejecución extrajudicial de estar expresamente pactada (MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana, "Derechos reales en el Código Civil y Comercial", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2016, t. 2, p. 216.

(25) De acuerdo en que el Código no prevé otra forma de ejecución que la judicial: KIPER, Claudio, ob. cit., p. 333; ÁRRAGA PENIDO, Mario O., "Derechos reales de garantía", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 258; GUARDIOLA, Juan J. - URBANEJA, Marcelo E., ob. cit., p. 49.

(26) Art. 2212, Cód. Civ. y Com.: “La anticresis es el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda”.

secución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado” (27).

Guardiola y Urbaneja agregan asimismo la conveniencia de establecer expresamente la ejecutividad del crédito garantizado con anticresis en los códigos procesales (28). Coincidimos con ello, pero preferimos postular que sea el propio Código de fondo el que recoja tal posibilidad para evitar la diferencia de regulación en las diversas jurisdicciones de una cuestión que hace a la eficacia del derecho real (29).

Una regulación más precisa de la ejecución dará mayor confianza a los potenciales acreedores. Por tanto, proponemos *de lege ferenda* la incorporación de lo relativo a la ejecución del crédito garantizado con anticresis de manera más explícita y detallada en el Cód. Civ. y Com.

### III.3. Derecho de retención

La posesión de la cosa anticrética se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes. El tercero designado, sin embargo, ejerce la posesión por el acreedor anticresista y es un tenedor (30).

No existe una norma específica como lo era el art. 3245 del Cód. Civil derogado (31), que otorgue al acreedor anticresista el derecho de retención.

Hemos opinado en otras oportunidades que la posibilidad de retención podría fluir igualmente del art. 2587: “Todo acreedor de una obli-

(27) En rigor la mención a “las facultades de persecución y preferencia” son innecesarias por estar ya previstas para todo derecho real en el art. 1886 Cód. Civ. y Com.

(28) GUARDIOLA, Juan J. - URBANEJA, Marcelo E., ob. cit., p. 74.

(29) El caso de las expensas comunes en la propiedad horizontal da un acabado ejemplo de la conveniencia de que se contemple la ejecutividad, tal como ocurre ahora, en la ley de fondo.

(30) De acuerdo con calificar al tercero como tenedor y no como poseedor: BONO, Gustavo A. - PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Necesaria revitalización...”, cit.

(31) Art. 3245, Cód. Civil: “El acreedor está autorizado a retener el inmueble que le ha sido entregado en anticresis, hasta el pago íntegro de su crédito principal y accesorio”.

gación cierta y exigible puede conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que este le adeude en razón de la cosa”.

El art. 2591, inc. a), dispone que el retenedor está obligado a no usar la cosa retenida, excepto pacto en contrario, en el que se puede determinar los alcances de dicho uso, inclusive en lo relativo a los frutos.

Estimamos que en materia de anticresis no se puede pensar de manera alguna, salvo convención en contrario, que el anticresista no podrá seguir usando y percibiendo los frutos de la cosa como lo venía haciendo, siempre que ello fuere para imputar los frutos a los rubros autorizados. La norma en cuestión se refiere al caso en que quien ejerce el derecho de retención lo hace sobre una cosa que no usaba, y que consecuentemente no puede empezar a usar a partir de ese momento —salvo convención expresa, que entendemos desdibuja la figura, porque ya no hay retención (32)—. Pero en el caso del acreedor anticresista, que ya ostenta la facultad de percibir los frutos para imputarlos a una deuda, el solo hecho de la retención no puede cercenarle ese derecho que es, precisamente, con el que se salda la deuda.

De todas maneras, conviene disponer en el instrumento de constitución de la anticresis todo lo pertinente al supuesto de derecho de retención. Obsérvese que si la deuda estuviera cancelada y la retención se funda —v.gr., en mejoras a cargo del dueño de la cosa realizadas luego de la extinción del crédito y antes de la restitución de la cosa— la posibilidad de obtener los frutos no parece posible.

En sentido diverso, se ha sostenido que no existe aquí una deuda en razón de la cosa, por lo cual no podría acudir al derecho de retención dado que no se configuraría el supuesto del art. 2587 (33).

(32) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “El derecho de retención”, en RIVERA, Julio C., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 1171.

(33) MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana, ob. cit., p. 217; KIPER, Claudio, ob. cit., p. 334.

Árraga Penido, por su parte, entiende que el acreedor puede retener la cosa hasta el cobro íntegro de su crédito, pero no más allá del plazo de su vigencia (34).

Otros autores lo niegan para el caso de que la retención pretenda ejercerse en virtud de que el crédito aún no ha sido totalmente cancelado, pero la habilitan en casos de créditos en razón de la cosa como si se debieran al acreedor anticresista mejoras necesarias que hubiere realizado (35).

Obviamente, si la retención es por motivos diversos a la esencia propia de la anticresis el acreedor no estaría autorizado a su disfrute.

Nos parece encontrar otro argumento en favor de la retención, en el caso de impago de la deuda, en el art. 2216, segunda parte, que establece que el acreedor, “[e]xcepto pacto en contrario, no puede modificar el destino ni realizar ningún cambio del que resulta que el deudor, después de pagada la deuda, no puede explotar la cosa de la manera que antes lo hacía”. Ello de alguna manera parece presuponer que la cosa permanece en manos del acreedor hasta el pago de la deuda. De lo contrario, el artículo debió decir “vencido el plazo de la anticresis” y no “después de pagada la deuda”. Incluso entendemos no desencaminado argumentar también con la *ratio legis* que inspira al art. 1031 CCCN, si el deudor no terminó de cumplir con el pago de lo debido el acreedor debe estar legitimado a retener la cosa objeto de la anticresis.

Sin embargo, debe concluirse que la opinión que entiende que no existe derecho de retención en caso de falta de pago del total de la deuda es actualmente la dominante. Se ha dado como razón de la alegada eliminación del derecho de retención previsto en el Código derogado en su sustitución por el privilegio (36). Pero, en rigor, no existe incompatibilidad entre am-

bos mecanismos para posibilitar el cobro de la deuda.

Entendemos que las Jornadas deberían pronunciarse sobre la subsistencia o no del derecho de retención y en caso de ser negativa la respuesta si es conveniente o no incorporarlo *de lege ferenda*.

#### III.4. El privilegio

De acuerdo con el art. 2582, “tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica: (...) e) los créditos garantizados con (...) anticresis...”, con la extensión que fija el art. 2583, en la medida que los privilegios especiales se extienden a “los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio, correspondientes a los créditos mencionados en el inc. e) del art. 2582” —inc. b)— y a “las costas correspondientes a los créditos enumerados en los incs. b) y e) del art. 2582” —inc. c)—.

Antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, del precio del bien sobre el que recae se deben reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización (37) (art. 2585), además de que, en todos los casos, también debe calcularse una cantidad para atender los gastos y los honorarios generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en interés del acreedor.

El criterio adoptado, incorporación del privilegio del crédito garantizado con anticresis, fue propiciado por las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, las que en sus conclusiones sentaron: “VI. Derecho real de anticresis. *De lege data*. Utilidad. La anticresis constituye una garantía real valiosa en sí misma y como complemento de otras como la hipoteca o la prenda. *De lege ferenda*. Privilegio y objeto. Se recomienda que se otorgue privilegio al acreedor anticresista y que se extienda la garantía a cosas muebles registrables”.

(37) ITURBIDE, Gabriela A., “Los privilegios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Cód. Civ. y Com. 2014 (nov.), p. 181.

(34) ÁRRAGA PENIDO, Mario O., ob. cit., ps. 247-248.

(35) ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio - ALTERINI, María Eugenia, “Tratado de los derechos reales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, ps. 884-885; VÁZQUEZ, Gabriela A., ob. cit., p. 870.

(36) GUARDIOLA, Juan J. - URBANEJA, Marcelo E., ob. cit., p. 50.

Conforme a Mariani de Vidal, existe armonía con el art. 241, inc. 4º, de la ley 24.522 (38); sin embargo, lamentablemente la ley de sanción del nuevo Código no previó incluir en la ley citada el privilegio del crédito del acreedor anticresista en una evidente discordancia, que también advierte la referida autora (39). Ello debilita la posibilidad de recurrir a este instrumento. Por tanto, en la quiebra no existe privilegio especial (40). Así lo reconoce la autora citada en primer término en una obra posterior (41).

Resulta curioso que si se le reconociera derecho de retención al acreedor anticresista, este tendría el privilegio del art. 241, inc. 5º, de la LCQ: "Créditos con privilegio especial. Tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica: (...) 5) Lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida a la fecha de la sentencia de quiebra" (42).

Pero aun admitiendo el discutido derecho de retención, este privilegio tiene sus peculiaridades (43) por lo que lo acertado es postular *de lege ferenda* que el privilegio del crédito garantizado con anticresis sea incorporado en el art. 241, inc. 4º, de la ley 24.522.

### III.5. Quid de la anticresis compensatoria

El Código no prevé una norma análoga a la del art. 3246, segunda parte, del Cód. Civil derogado: "Las partes pueden, sin embargo, convenir en que los frutos se compensen con los intereses, sea en su totalidad o hasta determinada concurrencia".

Explica Vélez en la nota al artículo citado: "Según las disposiciones de algunos códigos que fi-

jan el interés mayor que los acreedores pueden percibir, la segunda parte del artículo no es admisible, cuando se reconoce que la renta anual del inmueble excedería el importe de los intereses. Nosotros seguimos la disposición de la L. 12, tít. 13, part. 5ª, que dice: 'Todo pleito que no sea contra derecho, ni contra buenas costumbres puede ser puesto sobre las cosas que dan los omes a peños'. Por otra parte, en el contrato de compensación de los frutos con los intereses, hay mucho de aleatorio para el acreedor, pues no es segura la producción de los frutos. En unos años pueden ser éstos mayores que los intereses, y en otros menores o no haber frutos".

Esta cláusula importa introducir un componente aleatorio (44). Esta anticresis llamada compensatoria implica que "los frutos del inmueble se compensarán bien sea con los intereses adeudados, bien sea con el capital o una parte de él (...). Si lo que se compensa son solamente los intereses, el significado del pacto es el siguiente: el acreedor hace suyos los frutos, cualquiera sea su monto, y, a cambio de ello, el deudor queda liberado de los intereses, aunque no de la obligación de devolver el capital. Pero puede acordarse que el capital mismo queda compensado, como ocurre si se conviene que la deuda se extinguirá, por ejemplo, en un plazo de cinco o diez años (45), cualquiera sea el producido del inmueble" (46).

No vemos inconveniente, pese a la omisión legislativa, que se pacte esta variante, siempre que no esconda un abuso hacia el acreedor (47). Así, el Código italiano admite la compensación de los frutos con los intereses en todo o en parte salvo el caso del vicio de lesión (art. 1964).

(38) MARIANI DE VIDAL, Marina, "Los privilegios en el Proyecto de Código", LA LEY, 2012-D, 1240.

(39) *Ibidem*; KIPER, Claudio, ob. cit., p. 335.

(40) En igual sentido: VÁZQUEZ, Gabriela A., ob. cit., p. 870.

(41) MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana, ob. cit., p. 217.

(42) GUARDIOLA, Juan José - URBANEJA, Marcelo E., ob. cit., p. 73.

(43) Ver al respecto ROUILLÓN, Adolfo, "Régimen de concursos y quiebras", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, 15ª ed., p. 351.

(44) LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor - ALTE-RINI, Jorge H., "Derecho civil. Tratado de los derechos reales", Ed. La Ley - Ediar, Buenos Aires, 2010, 2ª ed. act. y amp., t. IV, nro. 1910, p. 178.

(45) Téngase en cuenta el plazo máximo del actual art. 2214 Cód. Civ. y Com.

(46) BORDA, Guillermo A., ob. cit.

(47) En igual sentido: KIPER, Claudio, ob. cit., p. 886; BONO, Gustavo A. - PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Anticresis...", cit., 1; GUARDIOLA, Juan J. - URBANEJA, Marcelo E., ob. cit., p. 43; ÁRRAGA PENIDO, Mario O., ob. cit., p. 243.

Incluso se ha postulado la posibilidad de restringir la aleatoriedad a “un tope mínimo y un tope máximo (o uno solo de ellos) (...) de manera que tanto el acreedor como el deudor estén protegidos frente a un exagerado defecto o exceso en la generación de frutos” (48).

En sentido contrario a la admisión de esta anticresis compensatoria, se ha argumentado que a diferencia del art. 2225 nada se dijo sobre la posibilidad de pacto en contrario con lo cual el orden de imputación es imperativo y las partes no pueden alterarlo (49).

No consideramos decisivos tales argumentos. La posibilidad de una anticresis compensatoria hace al cobro del crédito al que accede el derecho real y no al derecho real de garantía en sí mismo. Lo advierte Vélez en la nota ya citada, cuando afirma “en el contrato de compensación de los frutos con los intereses, hay mucho de aleatorio” aludiendo con tales palabras a lo “obligacional” y no a lo “real”.

El provecho de este pacto, en determinados casos, aparece como evidente al evitarse, entre otras, las siempre complicadas cuestiones de rendición de cuentas y de si fue adecuada la explotación de la cosa afectada a anticresis ob-

teniéndose, por el acreedor, todo el potencial económico esperable de su correcta utilización.

Por tanto, proponemos *de lege data* el reconocimiento de la posibilidad de la anticresis compensatoria y *de lege ferenda* su expresa autorización para despejar toda duda en ese sentido.

#### IV. Conclusiones

Alongar los plazos, establecer procedimientos específicos para la ejecución del crédito, aclarar la cuestión del derecho de retención, incorporar el privilegio del acreedor anticresista en caso de quiebra y admitir la anticresis compensatoria en forma expresa, contribuirán —sin dudas— a una mayor utilización del derecho real de anticresis.

Es cierto que acudir a la anticresis será quizás solo para ciertos negocios muy especiales, pero la escasez de supuestos donde se recurra a ella no merma en un ápice la utilidad de su mantenimiento en el listado de los derechos reales contemplados en nuestro derecho. La necesidad de que su regulación sea todo lo precisa posible es proporcional a los pocos casos, y por ende a los casi inexistentes pronunciamientos judiciales, lo que impide contar con una jurisprudencia que —en ausencia de mayores precisiones legislativas— de seguridad a los contratantes. En materia de derechos reales cuanto menos exista una jurisprudencia consolidada, más importante será tener una detallada regulación legal.

---

(48) BONO, Gustavo A. – PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Anticresis...", cit., 1.

(49) ALTERINI, Jorge H. – ALTERINI, Ignacio – ALTERINI, María Eugenia, ob. cit., ps. 886-887.

# El reverdecer de la anticresis

Juan José Guardiola (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Breve reseña de su evolución.— III. La anticresis como derecho real de garantía.— IV. Créditos garantizables.— V. Anticresis compensatoria.— VI. Derechos y deberes del acreedor anticresista.— VII. Extinción.— VIII. A modo de conclusión.

## I. Introducción

El Cód. Civ. y Com. mantuvo el derecho real de anticresis. Lo hizo desoyendo la recomendación de los juristas (1) convocados por la Comisión Redactora del Anteproyecto que habían propuesto su eliminación y la regulación de un “pacto anticrético” opcional y de aplicación extensiva para la prenda con desplazamiento, la prenda con registro y la hipoteca. Siguió, en cambio, la línea de todos los anteproyectos y proyectos de reforma del Cód. Civil velezano que, con modificaciones, la conservaron y la conclusión por unanimidad de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UNLZ, 2007) que entendieron que “constituye una garantía real valiosa en sí misma”, sin perjuicio de que pueda ser complemento de otras.

Como consecuencia de haber incluido en el cap. 1 del tít. 12 del Libro Cuarto las disposiciones comunes a todos los derechos reales de garantía, se redujo sensiblemente el número de artículos dedicados a su regulación en particular: de los 23 del Cód. Civil (del 3239 al 3261) a 7 (del 2212 al 2218).

Como se verá, los cambios han sido significativos, *aggiornando* un instituto que tuvo un devenir histórico sinuoso y escaso empleo en nuestro país, pese a que puede ser una he-

rramienta operativamente útil para determinadas relaciones negociales. Variadas son las situaciones en que por su singular naturaleza funciona bien, haciendo “maridaje”, como en gráfica expresión se ha dicho (2), con obligaciones a las que accede, para lograr la satisfacción del fin del contrato (3).

La realidad económica y social es permeable a que los operadores jurídicos, especialmente en el ámbito notarial, comiencen a visualizarla como una variante en algunos supuestos atractiva del menú de opciones de garantías reales. Muchas de las oscuridades y trabas que legalmente presentaba han desaparecido. Será tarea de la doctrina y, especialmente, de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil dar respuesta clarificadora a ciertas cuestiones y sugerir lo necesario para favorecer su difusión. A partir de allí, consultando su inserción práctica durante un tiempo prudencial, se podrá determinar si fue o no vano el intento de hacerla resurgir. Pero para ello hay que empezar por conocerla.

## II. Breve reseña de su evolución

Si bien el origen del instituto es incierto, ya que según estudios se venía empleando en el derecho egipcio y en otras civilizaciones (4),

(2) BONO, G. - PUERTA DE CHACÓN, A., "Anticresis ¿sí o no?", LA LEY del 05/07/2021, 1.

(3) Ver "Utilidad y posibles aplicaciones del instituto", en GUARDIOLA, J. J. - URBANEJA, M. E., *Repensando la anticresis*, Ed. Visión Jurídica, Buenos Aires, 2021, p. 97 y ss.

(4) Ver BOBBINK, R. - MAUER, Q., "Anticresis: un estudio comparado del derecho romano clásico y la praxis contractual del Egipto romano", *The Legal History Review*,

(\*) Juez de la Cámara en lo Civil y Comercial de Junín (Buenos Aires); profesor titular ordinario de Derechos Reales, Registral e Intelectuales (UNLZ y UNNOBA); asesor académico del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires.

(1) BONO, G. - PUERTA DE CHACÓN, A., "Necesaria revitalización de la 'anticresis'. Proyecto de Código Civil y de Comercio de la Nación de 2012", SJA del 17/10/2012, 4.

la voz "anticresis" etimológicamente proviene del griego (*αντίχρησις antikhresis*), del prefijo "αντι" (*anti*) en contra y "χρησις" (*chrēsis*), que se ha traducido como "uso", aunque para Vinnio (5) más propiamente significa "mutuo". Estas dos acepciones ya insinúan las dos variantes con que históricamente se presentó: a) uso o goce contrario, de la cosa y del capital (a gozar y gozar), en la que ha dado en llamarse anticresis de amortización y b) contrario mutuo en la que el deudor entrega la cosa al acreedor para que este perciba con sus frutos o pensiones la compensación de las "usuras legítimas" (intereses), o sea la anticresis compensatoria; un trueque de rentas en la que los frutos se compensaban por una especie de destajo, con los intereses de la deuda (6).

En el derecho romano, en el que el *pignus* (7) era el único elemento jurídico para garantizar derechos de créditos, consistió en un pacto que se le agregaba, probablemente solo a los que eran de carácter inmobiliario (8), por el cual el acreedor se quedaba con los frutos en lugar de

los intereses (9). Así refiere Marciano (Digesto, 20.1.11.1): "Si se hubiera hecho anticresis (uso mutuo de una prenda por un crédito), y alguno fuera introducido en un fundo o en una casa, retiene la posesión en lugar de prenda hasta tanto que se le pague su dinero, puesto que por los intereses percibirá los frutos, o dándolos en arrendamiento, o percibiéndolos el mismo, y habitando; y así si hubiere perdido la posesión, suele usar de la acción por el hecho". Pero también las partes podían convenir que el acreedor se quedara con los frutos hasta la tasa de interés y si hubiera excedente se entregara al constituyente o se imputara a capital (Ulpiano, Digesto, 36.4.5.21: "Se podrá preguntar, si estos frutos ceden por los intereses que se deben en los fideicomisos. Y como seguimos el ejemplo de las prendas, lo que de los frutos se percibe se debe aplicar primeramente a los intereses, y después, si hay sobrante, al capital"; Código, 4. 24.1: "Los frutos percibidos de la cosa dada en prenda se computan para la deuda, y si bastan para toda la deuda, se extingue la acción y se devuelve la prenda. Pero si los frutos exceden de la deuda, se devuelven los que sobran, por supuesto, habiéndose ejercitado la acción pignoraticia". Incluso tenía lugar "sin convención expresa cuando una cosa que da frutos se daba en prenda para la seguridad de un capital no productivo de intereses, *gratuita pecunia*" (10).

También el derecho germánico elaboró una forma de garantía inmobiliaria próxima a la anticresis, la denominada prenda de disfrute o aprovechamiento (*Satzung*), en la que igual-

vol. 87, nro. 4, ps. 356-383; CASADO GÓMEZ, S., "Pasado y presente de la anticresis", <https://eprints.ucm.es/id/eprint/68256/1/TFM%20EPRINT.pdf>; SILVA, A. V., voz "Anticresis", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. I, p. 700; GUARDIOLA, J. J. - URBANEJA, M. E., ob. cit., ps. 19-20. Ya hay referencias a su empleo en las Leyes de Manu, Libro Octavo nro. 143 y en el Código de Hammurabi, § 49.

(5) VINNIO A., "Comentario académico y forense de Arnoldo Vinnio juriconsulto a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano", Juan Oliveres Impresor, Barcelona, 1847, anotado por J. Gottlieb Heineccio, trad. al castellano, t. II, p. 709.

(6) PLANIOL, M. - RIPERT, G., "Tratado práctico de derecho civil francés", Ed. Cultural La Habana, 1942, trad. M. Díaz Cruz, Mario (trad.), t. XII, "Garantías reales. Primera parte", p. 277.

(7) Se aplicaba tanto a cosas muebles (Gayo, Digesto 50.16.238.2) como inmuebles (Ulpiano, Digesto, Comentarios al Edicto, libro XXVIII, 13.7.15). La *hypotheca*, como distintiva de la prenda por la no transmisión de la posesión, cobró fuerza como término a partir de la época de los Severos.

(8) MORATILLA GALÁN, I., "La falta de pago de la deuda en el plazo convenido concede al acreedor anticrético la facultad de pedir el pago de la misma o la venta del inmueble", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nro. 698, Madrid, 2006, p. 2513.

(9) Que la variante compensatoria era la usual ha hecho decir a FERNÁNDEZ, R. L., "Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la Prenda y demás Privilegios", Talleres Gráficos de Luis Rubino, Buenos Aires, 1941, t. I, p. 190, nota 1: "[E]n el derecho romano solo era viable esta última forma: no se conocía la anticresis con imputación al crédito del valor de los frutos"; D'ORS, A., "Derecho privado romano", Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, p. 389: "[P]uede pactarse también la renuncia del pignorante a reclamar los frutos producidos por la cosa durante el tiempo de su retención, a cambio de renunciar el acreedor al cobro de los intereses de la deuda: este es el pacto llamado *antichresis*".

(10) MAYNZ, C., "Curso de derecho romano", Ed. Marcelino Bodoy, Buenos Aires-Barcelona, 1909, 2ª ed., trad. A. J. Pou y Ordinas, t. I, nro. 160, p. 959.

mente era posible la compensación de los frutos por los intereses, “pelo a pelo” (11).

En el derecho intermedio la prenda inmobiliaria terminó por derivar en la hipoteca del derecho romano, y el régimen de la anticresis, estrechamente ligado al cobro de los intereses, está afectado por la prohibición canónica de estos. El Concilio de París (año 829) y las Decretales del papa Alejandro III hicieron que la anticresis, por contradecir el principio de la gratuidad del mutuo, quedara francamente relegada: se terminaba así con la *mort-gage* (prenda muerta), subsistiendo únicamente la *vif-gage* (prenda viva), de manera que los frutos deberán ser empleados en la amortización de la deuda, lo que provoca todo desinterés de los acreedores (12). Así, las Partidas, consecuentes con la prohibición de interés del dinero, obligaban a que los frutos percibidos se descontasen de la deuda (ley II, tít. XIII, de la Partida 5ª) (13).

Ello “dio motivo a ciertos contratos que disimulaban la institución, como el de venta con pacto de retroventa, en el cual el precio correspondía al importe del préstamo de modo que la función de la anticresis la suplían otras instituciones análogas” (14), lo que hacía expresar con

(11) LEHR, E., "Tratado de derecho civil germánico o alemán", Ed. Leocadio López Madrid, 1878, trad. D. Alcalde Prieto, nro. 106, ps. 231-232; HEDEMANN, J. W., "Derechos reales", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, vol. II, p. 490.

(12) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., "Curso de derechos reales", Ed. Civitas, Madrid, 1987, t. II, "Los derechos reales limitados", p. 213; ALEGRE DE MIQUEL, J., "La anticresis: función y finalidad en el Código Civil español y en el Código Civil de Cataluña", tesis doctoral, Ed. ESADE - Facultad de Derecho Universitat Ramon Llull, Barcelona, 2013, p. 450, nota 687 y "Derecho de anticresis: naturaleza y función", Ed. Atelier, Barcelona, 2017, p. 34.

(13) GARCÍA GOYENA, F., "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español", Imprenta de la Sociedad Tipográfico-editorial, Madrid, 1852, t. IV, p. 172: "Prohibidas las usuras o intereses del dinero por nuestras leyes de las Partidas, era consiguiente que, a pesar de su romanismo, no admitieran el pacto anticrético". El proyecto de 1851 alude simplemente a la posibilidad de un pacto anticrético, sin formularla como una institución jurídica autónoma.

(14) SILVA, A. V., ob. cit., p. 701.

toda razón a Escriche (15) que si la ley autoriza el pacto de *retrovendendo*, “¿cómo ha de reprobar la anticresis, o sea el abandono de los frutos para que haga las veces de réditos de una cantidad recibida? Si la ley quiere mirar, como se supone, por el interés de los deudores, más bien habría de prohibirles la venta a carta de gracia que no la anticresis”.

Ahora bien, como sigue diciendo el mismo autor, “comoquiera que sea, la cuestión de la anticresis pende de la cuestión del interés del dinero, y siempre que sea lícito llevarse interés por el dinero que se presta, lo será igualmente celebrar la anticresis”; y es así que, autorizado por decreto de 13 de octubre-13 de noviembre de 1789 en Francia el préstamo con interés, a solicitud de la mayoría de los tribunales, se la introdujo en el *Code des Français*, posteriormente redominado como *Code Napoléon*, que fue promulgado el 21 de marzo 1804 y cuyos borradores no la habían tenido en cuenta.

Precisamente, en la sesión de la Cámara Legislativa del 22 ventoso del año XII (13/03/1804) en que fue tratado, al examinar el contrato de *nantissement* como garantía real, que se caracterizaba por la entrega efectiva al acreedor de la posesión del bien, se la diferenciaba de la prenda, en que teniendo por objeto un inmueble (art. 2072) están los frutos para responder a la deuda. Y en ese trámite ya se indicaba que el acreedor que adquiriría el derecho a satisfacerse con ellos, conservaba la facultad de perseguir la venta del inmueble, aunque no le otorga ninguna preferencia ni privilegio, y respecto de la que queda salvada cualquier garantía hipotecaria que pueda existir.

No obstante ello, y como resultado de la promulgación con que fueron redactados los arts. 2085 a 2091 en los que se la regulaba (16), quedaron

(15) ESCRICHE, Joaquín, "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia", Imprenta del Colegio Nacional de Sordomudos, Madrid, 1838, 2ª ed., t. I, ps. 276-277.

(16) Cabe señalar que en el año 2006 la *ordonnance* 2006/346, del 23 de marzo, modificó el Libro IV, pasando a ser el Libro V, regulando la anticresis en los arts. 2387 a 2392 y por medio de la ley 2009/526, del 12 de mayo, se introdujo una nueva modificación, pasando a ser *du gage immobilier*. Ver GUARDIOLA, J. J. - URBANEJA, M. E., ob. cit., ps. 81 y ss.

oscuridades que dieron lugar a discusiones sobre las prerrogativas que confería e incluso sobre su naturaleza jurídica en cuanto al carácter real o personal.

La influencia que tuvo aquel y su doctrina en el proceso de codificación, con opiniones encontradas que alcanzaban hasta la valoración de la institución (Troplong la consideraba no propia de un pueblo civilizado e inútil frente a las facilidades de la hipoteca), que se proyectaron también al Código español de 1889 (arts. 1881 a 1886), también de gran predicamento, determinaron una disímil recepción en el derecho comparado.

Así, a mero título ejemplificativo, es de mencionar que, mientras el Código de Italia de 1942 (al igual que su antecesor el del Reino de Italia de 1865, art. 1897) la trata entre las garantías contractuales de carácter personal (arts. 1960 a 1964) —a diferencia de la prenda, que es abordada como garantía real (lo mismo sucede en el de Chile, arts. 577, 2435, 2438 y ss.)—, el de Japón de 1898 lo hace como prenda sobre inmuebles, consagrando la anticresis compensatoria y la aplicación de las disposiciones sobre la hipoteca (arts. 356 a 361); el primer código sudamericano el boliviano de 1831 o Código Santa Cruz, como prenda sobre los frutos de un inmueble, sin privilegio (17), regulación que fue sustancialmente modificada por el que lo reemplazó en 1975, adoptando la denominación de anticresis y estableciendo derecho de retención y preferencia (arts. 1393, 1431 y 1432) con privilegio especial en igualdad de condiciones que la hipoteca; en tanto el Código alemán (BGB) —al igual que el de Portugal— no la regula, lo que ha determinado que “para alcanzar los fines de la anticresis es menester acudir a la forma del usufructo en garantía” (18), y el de Austria (ABGB) la prohíbe (art. 1372).

(17) El art. 1422 disponía: "Todo lo que se ha establecido en el presente capítulo no perjudica a los derechos que terceras personas puedan tener sobre la finca dada en prenda. Si el acreedor tiene por otra parte privilegios o hipotecas legalmente establecidas, las ejerce por su orden y como cualquier otro acreedor".

(18) NUSSBAUM, A., "Tratado de derecho hipotecario alemán", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929, trad. W. Roces, Serie B, vol. XL, p. 130; BIBILONI, A., "Anteproyecto de Reformas al Código Civil", Ed. Valerio

Vélez, como lo demuestran sus notas (19), siguió el Código francés y la doctrina elaborada en torno de él, pero superó en gran parte las imprecisiones de su modelo. A pesar de esa ventaja, el instituto no logró florecer por determinadas deficiencias que ahora el Cód. Civ. y Com. ha procurado remediar.

### III. La anticresis como derecho real de garantía

#### III.1. Naturaleza. Contrato de anticresis

Habiendo adoptado Vélez Sarsfield el principio de *numerus clausus* e incluido en la enumeración del art. 2503 de los derechos reales a la anticresis, lo que era corroborado por la ubicación metodológica (tít. 16, Libro Tercero, de los derechos reales), la definición del art. 3239 y la oponibilidad consagrada por el art. 3254, en nuestro derecho no podía cuestionarse su naturaleza. Con ello se eliminaban las incertidumbres que ha provocado en otros ordenamientos su consideración como contrato; sin perjuicio de lo cual abordó conjuntamente la regulación de este.

Como se dijo, el Cód. Civ. y Com. preservó su autonomía como derecho real —arts. 1882, 1884, 1887, inc. m), y 2212— y con una más pura técnica legislativa eliminó de su regulación lo referido al contrato de anticresis, siendo de señalar en relación con él que suprimió la categoría de “contratos reales” (perfeccionables como tales por la tradición, arts. 1141, 1142 y 3240 del Cód. Civil) a la que pertenecía.

Abeledo, Buenos Aires, 1930, t. III, p. 644, señalaba al respecto: "[S]uprimió el Código alemán, la anticresis, como derecho real. Pero apenas se había sancionado el Código, la institución declarada muerta e inútil tomaba un vuelo sorprendente. La anticresis subsistía como relación contractual, y con efectos personales. Las necesidades del crédito exigieron que tomara carácter real (...). Y por vía de la constitución de usufructo sobre el inmueble en construcción, se obtuvo la restauración de la anticresis", con los inconvenientes que provoca la adaptación de una figura para una finalidad que no le es propia.

(19) En ellas se cita —ya sea para seguir o rebatir sus opiniones— a Troplong, Aubry y Rau, Duranton y Zachariae. También a Proudhon, por la vinculación en algunos aspectos con el usufructo. Aunque solo en tres de ellas se hace mención a las Partidas, el Código Chileno y al Digesto, es incuestionable que tuvo presente a esas fuentes, especialmente el derecho romano.

Como tal, y siendo su ejercicio por la posesión (art. 1891, Cód. Civ. y Com.), goza su titular de las acciones reales y posesorias consiguientes para la defensa de su derecho y de la relación de poder (arts. 2238 y 2247, Cód. Civ. y Com.).

### III.2. Objeto y legitimación

Tampoco dejó margen el Cód. Civil para dudas respecto de su objeto: la cosa fructífera y no los frutos. Si el asiento fuesen los frutos, estaríamos frente a un derecho personal ya que simplemente son cosas futuras (20). De la definición, al igual que de las permanentes alusiones al inmueble (arts. 3240 —en cuanto a la necesidad de su tradición—, 3241 —al referirse a la capacidad—, 3244 —en cuanto a que su constitución es un acto de disposición no de simple administración—, 3245, 3246, 3249, 3254 a 3256 —en lo que hace a las facultades del acreedor anticrético—, 3250 y 3259 —respecto de mejoras y gastos—, y 3260 —atinente a la conservación de los derechos de la heredad—) y, especialmente, de la nota al art. 3239 resultaba que consiste en una desmembración del derecho de dominio sobre el inmueble del constituyente, tornándolo imperfecto (art. 2507). Ello, más allá de que los frutos naturales e industriales formen parte de él y los civiles sean accesorios (arts. 2329 y 2330). Sin que implique en modo alguno una contradicción, legitimó como constituyente al usufructuario en tanto poseedor (o tenedor/cuasiposeedor) del inmueble, con *ius utendi* y *fruenti* (art. 3242) (21).

(20) LAFAILLE, H. - ALTERINI, J. H., "Tratado de los derechos reales", Ed. La Ley - Ediar, Buenos Aires, 2010, 2ª ed., t. V, p. 172; VÁZQUEZ, G. A., "Derechos reales", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, nro. 382, p. 866. En contra, FERNÁNDEZ, R. L., ob. cit., nro. 244, p. 190, y luego del Cód. Civ. y Com., aisladamente ALBRIEU, O., "Acerca de la anticresis, la griega que está sola y espera", RCCyC 2021 (agosto), 277.

(21) Así también lo habilitan expresamente los Códigos civiles de Panamá (art. 1622-A), Nicaragua (art. 3903) y Honduras (art. 2168). El fallo de la CCiv. 1ª Capital, 23/12/1936, "Marinelli, Adela C. Magnasco de (suc.)", LA LEY, 5-383 y JA 56-784, recayó en una anticresis constituida por la usufructuaria, ordenando correctamente, art. 3270 —Cód. Civ.—, que por el fallecimiento de esta el anticresista debía restituir la posesión, aunque no hubiera conseguido el pago íntegro de su crédito.

El Cód. Civ. y Com. solo dejó de lado su carácter exclusivamente inmobiliario, nota que predomina ampliamente en el derecho comparado, posibilitando que su objeto sean las cosas (muebles) registrables (arts. 2212 y 2218). De esa forma, se expandió el horizonte de la figura, ya que pueden ser soporte crediticio los rodados (v.gr., camiones, taxis, maquinarias agrícolas y viales), buques, aeronaves y caballos pura sangre de carrera.

En cuanto a la legitimación para constituir la, conservando la del usufructuario (art. 2142), al haber incorporado el derecho real de superficie, era de toda lógica que habilitara a su titular, en cualquiera de sus dos planos: el de plantar, forestar y construir y el de propiedad superficial (arts. 2213, 2120, 2127 y 2128). Obviamente, en forma subordinada a las vicisitudes de tales derechos (art. 399). También lo están los titulares de propiedad horizontal y, por extensión, los de conjuntos inmobiliarios propiamente dichos (art. 2075, párr. 2º).

Aunque nada se dice al respecto, queda permitida su constitución sobre parte material del inmueble, conforme a la regla del art. 1883 y derivación de que tanto el usufructo como la superficie pueden ser así configurados (arts. 2130 y 2116), con la exigencia de que pueda llegar a configurar un nuevo inmueble. Lo mismo en caso de cotitularidad la posibilidad de establecerlo por la parte indivisa (arts. 1883 y 1989), resolviéndose los eventuales conflictos sobre la base del régimen de administración (arts. 1987, 1988, 1990 y 1995) (22).

### III.3. Caracteres. Pacto comisorio

Como en todos los derechos reales de garantía, son sus caracteres esenciales la convencionalidad, accesoriedad y la especialidad en cuanto al objeto y el crédito. También la publicidad registral, para su oponibilidad a terceros interesados y de buena fe, y la indivisibilidad (en el Cód. Civil, arts. 3240, 3241; 524, 3245, 3248, 3251, 3261, 1ª parte, 3245 y 2505).

El Cód. Civ. y Com., al haber previsto en el primer capítulo del tít. XII disposiciones comunes

(22) VÁZQUEZ, G. A., ob. cit., p. 432 GUARDIOLA, J. J. - URBANEJA, M. E., ob. cit., ps. 43 y 54-55.

a todos ellos evitó reiteraciones **(23)** u omisiones en su tratamiento particular, con las dificultades interpretativas que aparejaba. Pero en algunas cuestiones marcó diferencias con la normativa anterior.

La convencionalidad se ha reforzado ya que no existe la forma tácita de constitución que estaba contemplada en el art. 3261, segunda parte, del Cód. Civil.

El texto original del nuevo ordenamiento introdujo en el régimen legal la temática de los créditos indeterminados como objeto de los derechos reales de garantía, recogiendo así el reclamo de flexibilizar el concepto de especialidad en cuanto al crédito. Sin embargo, su imprecisión terminológica y la relación entre los arts. 2187, 2189 y 2193 provocaron polémica en torno a diferenciar cuál era el marco normativo aplicable a los créditos determinados e indeterminados. La ley 27.271, que entró en vigencia el 15/09/2016, estableció claramente que solo para los últimos la estimación del gravamen es igual al monto máximo garantizado por el derecho real y que el plazo de 10 años dentro del cual pueden nacer los créditos cubiertos por la garantía rige exclusivamente para ellos **(24)**. Como se verá, por la clase de deudas para las que la anticresis puede funcionar, ello no tiene proyecciones a su respecto. Sin embargo, sobre esta base y los plazos de registración, se ha dado una opinión **(25)**, que no comparto, en relación con su duración.

En el Código anterior, a la par de prohibirse el pacto comisorio y el pacto marciano (art. 3252),

---

(23) XXXIII Jornada Notarial Argentina (Bariloche, 2018): "El Cód. Civ. y Com. incluye disposiciones comunes y lineamientos genéricos atinentes a los distintos derechos reales de garantía; esto permite sistematizar los principios generales, evita reiteraciones innecesarias y reduce el número de artículos que legislan sobre las garantías en particular".

(24) *Ibidem*; XIX Jornada Notarial Cordobesa, 2017.

(25) ALTERINI, J. H. - ALTERINI, I. E. - ALTERINI, M. E., "Tratado de los derechos reales", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, nro. 1918, p. 882; ALTERINI, J. H. - ALTERINI, I. E., "Ahorro, crédito de valor e hipoteca. Primeras reformas al Código Civil y Comercial", LA LEY, 2016-E, 1109, quienes sostienen que los plazos del art. 2214 se aplican exclusivamente para las anticresis "abiertas" o de créditos indeterminados.

se autorizaba expresamente que antes o después de vencida la deuda el acreedor adquiriese el inmueble —pacto *ex intervallo*— (art. 3253), lo que fue criticado en general por la doctrina (Machado, Lafaille, Salvat y Fernández). En cambio, el Cód. Civ. y Com. (art. 2198) prescribe que es nula toda cláusula que permita al titular del derecho real de garantía adquirir o disponer del bien gravado fuera de las modalidades de ejecución previstas en particular. Y, a diferencia de las convenciones que sobre el particular se admiten para la hipoteca (art. 2211) y la prenda (art. 2229), nada se dispuso para la anticresis, quizá teniendo en cuenta la naturaleza de las cosas afectadas para evitar que el constituyente se vea expuesto a abusos. No obstante ello, en el caso de concertarse la venta al acreedor el aprovechamiento deberá ser evaluado a partir de la específica situación.

Al margen de esto, no estando contemplado en los distintos códigos procesales un procedimiento específico de cobro, para que resulte viable proceder ejecutivamente habrá de recurrirse a los títulos ejecutivos convencionales o a la preparación de la vía, debiendo tenerse en cuenta que en la anticresis típica u ordinaria incidirá la existencia de cuentas aprobadas **(26)**. Resultaría razonable que procesalmente se establezca una acción ejecutiva especial o proceso monitorio, con los recaudos pertinentes.

La indivisibilidad como carácter natural no esencial puede ser dejada de lado por el acuerdo de las partes posibilitando la liberación parcial del objeto (v.gr., parcelas de un mismo inmueble) cuando se hubiera cancelado una proporción de la deuda (art. 2191).

#### *III.4. Plazos de duración y de caducidad de la registración*

El Cód. Civ. y Com. introdujo como otra novedad un plazo máximo para el derecho de anticresis: 10 años cuando recae sobre inmuebles y 5 años cuando el objeto son cosas muebles registrables (art. 2214). Según las reglas generales comienza a computarse desde que concurren título y modo suficientes (art. 1892).

En el derecho comparado mientras son muchos los ordenamientos que, como el Cód. Civil,

---

(26) CCiv. 1ª Capital Federal, 01/04/1921, "Graña c. Quadrelli", JA 6-295.

no establecen un plazo de duración, el Cód. Civil de Bolivia (art. 1435) lo fija en 5 años, el de Japón (art. 360) y el de Italia (art. 1962) en 10 años; el de Brasil (art. 1423) y el de Venezuela (art. 1862) en 15 años, y el de Panamá (art. 1622-B) en 20 años.

La doctrina nacional en general ha criticado la fijación de un plazo (27) o que los establecidos resultan muy exigüos (28). Comparto esta segunda posición: entiendo que al implicar una severa desmembración del dominio que puede entorpecer el tráfico debe estar sujeta a un plazo de duración, pero los determinados son muy acotados tanto en relación con los máximos del usufructo —art. 2152, inc. b)— como incluso de la locación —art. 1197—. Parece prudente que se los modifique, duplicándolos.

Por otra parte, el Cód. Civ. y Com. también dispuso plazos de duración de la inscripción de 20 y 10 años respectivamente (art. 2218). Innecesario es explicar la independencia que existe entre la extinción del derecho y la caducidad de la inscripción; empero, resulta difícil articular la subsistencia tan prolongada de la inscripción respecto de la muy menor duración de la anticresis, incluso teniendo en cuenta la publicidad durante el tiempo judicial necesario para el cobro privilegiado de la acreencia impaga. El intentar darle un sentido más coherente ha conducido a sostener que los plazos de duración rigen exclusivamente para las “anticresis abiertas” (29); pero no solo el art. 2214 no hace distinciones, sino que tampoco esa indeterminación sustantiva resulta funcionalmente viable para esta garantía (30).

### III.5. Funcionamiento

Explica Ferrandis Vilella (31) que dos son las “funciones que las garantías reales vienen

(27) ALTERINI, J. H. - ALTERINI, I. E. - ALTERINI, M. E., ob. cit.

(28) BONO, G. - PUERTA DE CHACÓN, A., “Anticresis ¿sí o no?”, cit., 1.

(29) Autores citados en nota 24.

(30) ALTERINI, J. H. - ALTERINI, I. E. - ALTERINI, M. E., ob. cit.; GUARDIOLA J. J. - URBANEJA, M. E., ob. cit., p. 52.

(31) FERRANDIS VILELLA, J., “Introducción al estudio de los derechos reales de garantía”, *Anuario de Derecho Civil*, BOE, Madrid, 1960, vol. 13, nro. 1, ps. 37 y ss.

a cumplir: función de garantía y función satisfactoria. La realización del valor pertenece más bien a esta segunda fase, es decir a la satisfacción del crédito asegurado. Pero la esencial es la función de garantía que se logra a través de la sujeción de una cosa al cumplimiento de la obligación (...). El que en un momento dado pueda realizarse el valor de aquellos bienes es indudablemente una nota importante, pero corresponde a una fase ulterior y no se dirige propiamente a la función de garantía sino a la función satisfactoria (...). La realización del valor es un remedio para el caso de incumplimiento. Pero el derecho real de garantía no se dirige a remediar el incumplimiento, sino a asegurar el cumplimiento”.

A diferencia de la hipoteca y la prenda, que entran en funcionamiento concretamente en el supuesto de incumplimiento, la garantía anticrética, como señala Alegre de Miquel (32), “comienza a producir efectos desde el mismo instante de su constitución, y a partir de ahí los frutos ya pertenecerán en origen al acreedor y en esos momentos aún no se habrá dado todavía ningún tipo de incumplimiento”, agregando con cierto innegable en relación con la anticresis “típica” o de amortización que “la función económica del contrato no va dirigida al aseguramiento, sino que se instrumenta como un cauce especial para el pago de la deuda: si la finca da frutos suficientes, se irán liquidando los intereses y luego el capital y a diferencia de la prenda fructífera, esa es la finalidad contractualmente buscada”. Incluso en la anticresis compensatoria, con la percepción de los frutos se consigue cuando menos reducir la deuda en cuanto a los accesorios del crédito.

Se advierte así que como garantía autosatisfactiva supera a las que son “autoliquidables”, ya que estas, aunque favorecidas por un proceso ágil y extrajudicial de realización, son una respuesta al incumplimiento del deudor.

Ahora bien, esta ventaja no fue factor suficiente para encumbrarla. Los operadores en el mercado de crédito —además de estar decididos a asumir la administración y explotación inmediata del bien afectado, lo que en variadas cir-

(32) ALEGRE DE MIQUEL, J., “La anticresis...”, cit., p. 156.

cunstances no sería un óbice por condiciones de profesionalidad del acreedor o tercero designado por las partes— no estaban en general dispuestos en el ordenamiento anterior a que si la cosa no produce los frutos esperados o mediara incumplimiento del deudor al vencimiento de la obligación, su derecho se limitase al derecho de retención hasta quedar desinteresado.

En efecto, sintetizaba bien Mariani de Vidal (33) su funcionamiento en el Cód. Civil, de la siguiente forma: “El acreedor anticresista tiene derecho de retener el inmueble hasta ser pagado íntegramente de 'su crédito principal y accesorio' (...) su derecho de retención es oponible frente a todos los que ejecuten el inmueble (...). 'Pero si él solicitare la venta del inmueble, no tiene el privilegio de prenda sobre el precio de venta' (art. 3255, Cód. Civil). En resumen: si otros acreedores ejecutan el inmueble, rige el art. 3942; si es el propio acreedor anticresista quien hace vender el inmueble, en uso de la facultad que le confiere el art. 3251 para el supuesto de falta de pago, al cobrarse sobre el precio que se obtenga lo hace como acreedor quirografario, pues expresamente la ley le niega privilegio alguno”.

La privación del privilegio, decía Salvat (34), “implica prácticamente restarle a la anticresis todo valor como seguridad real, precisamente en el momento en que, la falta de pago de la obligación en la época convenida, la hacía más necesaria”. En el mismo sentido reflexionaba Loiza (35): “es esta quizás una de las razones por las cuales la figura ha caído en el abandono de las prácticas contractuales. Es que cumplida la venta del inmueble el acreedor anticresista carece de preferencia en el cobro”.

Con las reformas de las leyes 17.711 (art. 3946, párr. 2º), 19.551 (art. 265) y 24.522 (art. 241, inc. 5º), se reconoció al retentor un verdadero privilegio especial en tanto y en cuanto no fuese él

(33) MARIANI DE VIDAL, M., "Derechos reales", Ed. Zavallía, Buenos Aires, 2004, 7ª ed., t. 3, p. 315.

(34) SALVAT, R. M., "Derechos reales", Ed. TEA, 1960, 4ª ed. act. por M. J. Argañarás, t. IV, nro. 1208, p. 443.

(35) LOIZA, F., en KIPER, Claudio (dir.), "Código Civil comentado. Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía. Derechos reales", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. III, p. 604.

quien ejecutase la cosa retenida, lo que ha permitido sostener que ello beneficiaba también al acreedor anticresista en tanto retentor (36). Claro está, esto sin dejar de advertir las diferencias entre el *ius possidendi* que adquiere el acreedor anticrético al constituirse el derecho como contenido de la garantía convencional y la retención frente al incumplimiento (art. 3940 y su nota) (37).

Y en este sustancial aspecto es que el Cód. Civ. y Com., haciéndose eco de la recomendación de las XXI JNDC (UNLZ, 2007, pto. VI, conclusiones de la comisión 4) y como se hacía en el Proyecto de 1998 (38), introdujo la gran innovación —y ello también en sentido armónico con lo que hizo en materia del derecho de retención legal [art. 2592 inc. d)], aunque diferenciando los supuestos (39)—: en caso de ejecución promovida por el acreedor anticresista o terceros se dota a su cobro de privilegio especial —art. 2582, inc. e)—, con la extensión prevista en el art. 2583, incs. b) y c), en sustitución de aquel derecho de retención, hasta ser satisfecho su crédito.

No existe ninguna disposición similar al art. 3245 del Cód. Civil que permita considerar subsistente el derecho de retención por la deuda garantizada. Sí, por supuesto, lo habrá por los créditos que puedan haber surgido en razón de la cosa (v.gr., gastos necesarios y útiles; art. 2217). Es decir que, si no se da esta última situación, si a su vencimiento la obligación no ha sido cancelada el acreedor anticresista debe restituir o ejecutar la cosa gravada. Y a partir de ese momento, al no ser más poseedor por el ejercicio del derecho real comienza a correr el curso

(36) BORDA, G. A., "Derechos reales", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1975, t. II, nro. 1407, ps. 414-415.

(37) GUARDIOLA, J. J., "El derecho de retención en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Liber Amicorum Homenaje a Luis F. P. Leiva Fernández*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 1141 y notas 48 y 49; ALEGRE DE MIQUEL, "Derecho de anticresis...", cit., p. 212 y ss.

(38) Que en sus disposiciones comunes a los derechos reales de garantía enunciaba entre las facultades de los acreedores "las de realizar los bienes y de percibir los créditos sobre su producido" (art. 2088), otorgándoles un grado de privilegio similar, aunque con menor extensión (arts. 2522 y 2523).

(39) Ello se constata al tener distinto orden de privilegio.

de la prescripción liberatoria de la obligación. El que no exista una disposición expresa que consagre el *ius distrahendi*, como la hay para la hipoteca (art. 2205 *in fine*) y la prenda (art. 229 *in fine*) y estaba previsto de modo general en el Proyecto de 1998, carece de relevancia ya que anticresista no deja de ser acreedor —arts. 730, inc. a), y 743— y el art. 2197 en caso de ejecución por tercero determina la caducidad del plazo y el cobro con preferencia.

En los Fundamentos del Anteproyecto que redactó la Comisión designada por Decreto 191/2011 se decía: “La entrega abreviada sumada al privilegio, permitirá mayor agilidad, ya que permitirá un tiempo para usar la cosa y percibir frutos y si es insuficiente se ejecuta el objeto”.

Sin embargo, uno de los grandes inconvenientes que todavía lesiona la seguridad del acreedor y debe ser solucionado legislativamente a la brevedad es que el privilegio otorgado juega solamente para las ejecuciones individuales (art. 2579), debiendo ser reformada la LCQ para su inclusión en el ámbito concursal. Esa reforma es de una imperiosa necesidad, ya que hasta ese entonces el peligro de la insolvencia únicamente podrá ser conjurado con la constitución conjunta de la anticresis con una hipoteca (o prenda), lo que conspira contra su utilidad.

#### IV. Créditos garantizables

Si bien en el Cód. Civ. y Com. no se hace ninguna distinción respecto de los créditos garantizables con anticresis (tampoco lo hacía el Cód. Civil), por lo que teóricamente sería de aplicación el art. 2187, como ya señalaba Highton (40) “parece difícil aceptar que puedan garantizarse obligaciones futuras o eventuales o sometidas a condición suspensiva, por cuanto no podría tener lugar la imputación de los frutos a los intereses o al capital, o la compensación de frutos con intereses para que pueda funcionar la anticresis en la forma requerida por el legislador. Además carecería de objeto entregar el uso y los frutos a un posible acreedor que no posee crédito actual al cual imputarlos”. Por ello es que debe tratarse de un crédito determinado de existencia actual.

(40) HIGHTON, E. I., en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, E. I. (coord.), "Código Civil", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1977, t. V, p. 1513.

Aunque normalmente se piensa en obligaciones dinerarias, su utilidad no se circunscribe a ellas: puede ser también de dar cosa cierta o cantidades de cosas (v.gr., frutos agropecuarios, crías de un caballo de carrera), de hacer (v.gr., servicios, locación) o por una obligación en su origen de cualquier naturaleza que ante su incumplimiento medió una novación objetiva en alguna de ellas.

Operativamente estará por lo general vinculada a obligaciones a plazo, que no exceda el legalmente dispuesto, que justifiquen el desprendimiento del uso y goce de la cosa.

No advierto inconveniente en que, así como pueden concurrir varias anticresis sobre el mismo objeto, en forma simultánea como sucesiva (en cuyo caso será importante lo que se haya estipulado en cuanto en manos de qué acreedor o tercero permanecerá el objeto y el rango legal o según convenio), responda a varias deudas de un mismo acreedor anticresista en tanto se haya determinado la forma de imputación de los frutos a cada una.

#### V. Anticresis compensatoria

El Cód. Civil, en su art. 3246, permitía expresamente la anticresis compensatoria: frutos por intereses en su totalidad o hasta determinada concurrencia.

El Cód. Civ. y Com. guarda silencio al respecto. Y como en el art. 2215 referido a los derechos del acreedor se dice que los frutos “se imputarán primero a gastos e intereses y luego al capital”, un sector minoritario de la doctrina ha entendido que únicamente está permitida la anticresis ordinaria de amortización o solutoria. Esta interpretación, con una estela histórica abandonada tiempo ha, queda descartada con el concepto del derecho real, que hace a su tipicidad estructural, consagrado por el art. 2212: “percibir los frutos para imputarlos a una deuda”. Nada dice acerca de si esa obligación, a la que accede y que queda fuera de los elementos que configuran a la anticresis (art. 1884), debe ser por capital e intereses o exclusivamente alguno de ellos. Eso hace a la esfera, al contenido, del derecho principal en el que rige la autonomía de la voluntad (doctr. arts. 12, 958, 963, 1709 y ccds.); no al marco de la garantía. La otra nor-

ma simplemente ha reproducido el criterio general de imputación (arts. 900 y 903). El que no exista un dispositivo similar al art. 2225 para la prenda no es un argumento relevante, ya que allí la previsión del “pacto en contrario” resultaba necesaria, en tanto tiene un alcance mayor que comprende la propia percepción de los frutos, excluida en principio de la prenda (prenda anticrética).

En consecuencia, puede pactarse una anticresis en la cual se compensen solamente los intereses, haciendo el acreedor suyos los frutos cualquiera sea su monto, quedando liberado el deudor de aquellos pero no de la obligación de devolver el capital (41); con el carácter aleatorio que ello implica, lo que obliga a sopesar a cada parte los riesgos y beneficios de ello. También puede estipularse que aquella sea de tope mínimo o máximo, o sea a partir o hasta determinada concurrencia de los frutos con los intereses; o que el capital mismo se vaya compensando o hasta que este se extinga en el plazo acordado cualquiera sea el producido de la cosa (42).

Innecesario es señalar que en todos los casos el contrato puede ser revisado o invalidado si ha mediado abuso o cualquier causa de ineficacia.

## VI. Derechos y deberes del acreedor anticresista

### VI.1. *Uso de la cosa y percepción de los frutos*

El acreedor o el tercero que hayan designado las partes a quien se haya entregado la cosa (art. 2212) tienen el derecho y la obligación (43) de percibir los frutos (naturales, industriales y civiles), ya sea explotando la cosa anticrética personalmente o dándola en arrendamiento. Por supuesto y por obvias razones esta explotación por otro no puede configurarse por medio de la constitución de un derecho real de disfrute,

(41) El clásico *contrarium mutuum*. Ver HERNÁNDEZ MORENO, A., "Antichresis o *contrarium mutuum*. Breve ensayo de una solución jurídica para un problema económico", Ed. Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, Barcelona 2014.

(42) BORDA, G. A., ob. cit., nro. 1386, p. 403.

(43) LAURENT, F., "Principios de derecho civil francés", Imprenta de Barroso, Puebla, 1900, t. XXVIII, nro. 546, p. 593.

aunque sea a título oneroso (art. 2131). Para ese goce —la causa fin que tuvieron en mira las partes al decidirse por esta garantía— y como poseedor tiene el uso de la cosa gravada (art. 2215). Ya el simple uso a título personal, tal como lo preveía el art. 3249 del Cód. Civil respecto de la habitación del inmueble, es considerado un fruto civil que debe ser computado como el alquiler que otro pagaría (art. 2216).

### VI.2. *Conservación de la cosa. Mejoras*

El acreedor debe conservar la cosa y, salvo pacto en contrario, no puede modificar el destino, o sea su afectación económica, ni introducir cambios que impidan que el constituyente pueda explotarla de la misma manera que antes lo hacía (art. 2216, similar al inicio del art. 3258 y a la parte final del art. 3249, Cód. Civil). En este aspecto existe un parentesco solo relativo con lo que se dispone respecto del usufructo, ya que ambos regímenes presentan diferencias (44).

Como consecuencia de lo anterior no puede eludir afrontar las mejoras de mero mantenimiento y las necesarias —art. 1934, incs. c) y d)—. Las primeras en tanto se corresponden al uso ordinario que se hace de la cosa no son reembolsables en cambio si las segundas, aun cuando el objeto no subsista (art. 2217), obviamente si no se hubieran originado por su culpa. El art. 3258 del Cód. Civil determinaba que estas últimas erogaciones se descontaban de los frutos y de ser ellos insuficientes se cobraban al deudor, a menos que se tratase de anticresis compensatoria total. Hoy ello dependerá de lo que se haya estipulado.

Los impuestos, tasas y contribuciones, v.gr., expensas, que gravan la cosa, entendiéndose por ellas las ordinarias (45), deben ser soportadas por el titular anticresista en tanto poseedor (arts. 2217 y 1939). Aunque por error de pluma se menciona “un inmueble”, la misma solución corresponde cualquiera sea el objeto de la anticresis (v.gr., patente de automotor).

(44) GUARDIOLA, J. J. - URBANEJA M. E., ob. cit., p. 62, y los mismos autores, "El régimen de las mejoras en el nuevo Código", RCCyC 2017 (dic.), 169, AR/DOC/2808/2017.

(45) BONO, G. A. - PUERTA DE CHACÓN, A., "Necesaria revitalización...", cit.

Las mejoras útiles solo serán reembolsables hasta el enriquecimiento que genera el mayor valor de la cosa (arts. 2217 *in fine* y 1938) y en ningún caso las suntuarias, aunque pueden ser retiradas si no se daña la cosa (art. 1938).

### VI.3. Administración conforme a las reglas del mandato

El anticresista actúa en beneficio propio, pero en interés ajeno, no pudiendo ser considerado representante de ninguna clase del deudor o del constituyente. Vélez Sarsfield decía que su desempeño debía hacerse “por todos los medios propios de un buen administrador” (art. 3249, primera parte). El Cód. Civ. y Com. en el párr. 3º del art. 2216 prescribe en cambio que “debe administrar conforme a lo previsto por las reglas del mandato”, cuya asimilación lisa y llana puede desembocar en desaciertos o imprecisiones. El criterio velezano o el estándar del “buen hombre de negocios” hubiera sido más adecuada para quien es titular de un derecho real (46).

Para la valoración de la conducta del acreedor anticresista resultará de vital importancia las estipulaciones contractuales (facultades y prohibiciones en el marco legal permitido); por lo cual será una tarea indispensable de la actuación notarial que se adopten las previsiones respectivas.

### VI.4. Responsabilidad. Rendición de cuentas

El incumplimiento de los deberes mencionados, no solo provocará llegado el caso la responsabilidad por los daños causados que por dolo o negligencia hubiera provocado conforme a las reglas generales, sino que determina la extinción de la garantía real y en consecuencia la obligación de restituir la cosa (art. 2216). Ello, sin repercusión en la subsistencia de la deuda, como derecho principal (art. 2186, párr. 2º).

Fundamental será la rendición de cuentas de cómo explotó la cosa, de los frutos que obtuvo y de su imputación. Ello deriva tanto de la mano de los principios generales (art. 858 a 860), como de los específicos del mandato —arts. 1334 y 1324, inc. f)— y lo dispuesto en el art. 2115 *in*

*fine*. Ya no rige la previsión al art. 3229 del Cód. Civil acerca de que la imputación de los frutos sea anual (que implícitamente también determinaba la periodicidad de la rendición de cuentas que disponía el art. 3247), que con justicia había sido criticada por Segovia (47). En consecuencia, habrá que atenerse a lo que se hubiera pactado, sin perjuicio de que como regla la imputación se efectúa con la percepción de los frutos (art. 901, “en el momento de recibirlo” —el pago—) y que la rendición de cuentas en defecto de previsión “al concluir cada período o al final de cada año calendario” (art. 861). Por otra parte, esta obligación dependerá de las modalidades de la anticresis (en las compensatorias “totales” o mano a mano de intereses o también de capital no será necesaria) y de que no haya mediado renuncia expresa del interesado (arts. 944 y 948).

## VII. Extinción

Fuera del caso de abuso en las facultades de administración ya mencionado (arts. 2216, Cód. Civ. y Com., y 3258, Cód. Civil) y el del plazo de duración, no existe ninguna causal específica de extinción por lo que ellas son aplicables—principales y por vía de consecuencia— que operan para todos los derechos reales de garantía. La devolución anticipada del inmueble que contemplaba el art. 3257 del Cód. Civil siempre será posible implicando no otra cosa que el ejercicio de la facultad de renunciar a la garantía sin que ello afecte la existencia del crédito (art. 2186, Cód. Civ. y Com.).

## VIII. A modo de conclusión

De enorme trascendencia han sido los cambios que introdujo el Cód. Civ. y Com. en la regulación de la figura al ampliar el objeto, dejando de ser exclusivamente inmobiliaria, y especialmente al haber reemplazado el derecho de retención por un privilegio especial. ¿Será ello suficiente para su reverdecer, teniendo en cuenta que hasta ahora solo tuvo limitada aplicación en el ámbito administrativo y muy escasa como garantía en la contratación privada? El

(47) SEGOVIA, L., “El Código Civil de la República Argentina con su Explicación y Crítica bajo la forma de notas”, Imprenta de Pablo Coni, Buenos Aires, 1881, t. 2, ps. 380-381.

(46) GUARDIOLA, J. J. - URBANEJA M. E., “Repensando la anticresis”, cit., ps. 36 y 58 y ss.

despejar doctrinariamente a través de conclusiones categóricas las incertezas subsistentes y dotarla legislativamente de una mayor duración y extender el privilegio al ámbito concursal sin lugar a dudas contribuirá a ello. No es posible descartar *a priori* sus ventajas en relación con otras garantías reputadas crediticiamente *pre-mium*, como la hipoteca y el fideicomiso en

garantía. Sus beneficios dependerán de la situación negocial de los contratantes, de sus expectativas y finalidad perseguida, de la naturaleza de las obligaciones. También de la imaginación de los operadores jurídicos. El interrogante queda abierto. La respuesta la darán la práctica y lo que hagamos para que esta garantía pueda florecer.

## **COMISIÓN N° 7. FAMILIA**

LA SOCIOAFECTIVIDAD Y LA INCIDENCIA EN EL INTERÉS  
SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES



# ¿Qué discutirá la Comisión de Familia en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil?

## Notas acerca de “la socioafectividad y la incidencia en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes”

Lucas Bellotti (\*)

A diferencia de encuentros anteriores, en los que las Jornadas Nacionales de Derecho Civil convocaron a los profesores del ramo para reflexionar sobre instituciones bien conocidas, en esta ocasión la cita es en torno a un concepto difícil de aprehender y sobre el que parece haber poco consenso en el ámbito de las definiciones: la socioafectividad. La empresa es todavía más ardua si, como propone el título de la comisión, se enlaza aquel concepto con otro radicalmente indeterminado, como es el interés superior del niño.

Acaso esta manera de promover el debate nos dé la pauta de cierto estado del derecho de familia en nuestro medio local. Las categorías jurídicas se van evanesciendo y se abren camino otras más sociológicas, que nunca fueron totalmente ajenas al jurista de familia, pero sí se encontraban de alguna manera subordinadas a una preceptiva legal que va perdiendo su autoridad.

El dato no es necesariamente problemático o negativo, porque en definitiva cada sociedad tiene un derecho inalienable a darse una regulación más o menos rígida, más o menos malea-

ble, con mayor o menor capacidad regulatoria autónoma en cabeza de sus individuos libres y capaces.

En otro lugar hemos tratado de demostrar que el afecto no es materia extraña a la regulación jurídico-familiar: no lo es ahora, como no lo ha sido antes (1). Se trata de un registro demasiado humano como para que el Derecho —la más perdurable de las obras del hombre— lo soslaye.

Quizás el problema aparece cuando, por vía judicial, se hace una mixtura extraña, que reivindica la potencia del querer como una fuerza capaz de arrasar con normas imperativas, pero luego busca alojar las relaciones surgidas de ese mero afecto en el rígido edificio del orden público y de las relaciones que estatuye (la parentalidad, el matrimonio, incluso la fratría). Ello con sus variadas consecuencias de derecho, bastante más amplias de las que quizá pueda considerar un juez aislado en la soledad de su oficina.

Al anotar el fenómeno, o al menos algunas de sus características salientes, Basset nos aporta un interesantísimo concepto tomado de la doctrina británica: la ansiedad de estado (*status anxiety*). Se trata del “reclamo de que la

---

(\*) Abogado (UBA); especialista en derecho constitucional (Universidad de Salamanca); maestrando en Magistratura y Derecho Judicial (en producción de tesis); docente de grado y posgrado (Facultad de Derecho, UBA).

---

(1) BELLOTTI SAN MARTÍN, Lucas – ROTHER, Kevin, "Socioafectividad y derecho sucesorio", *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, marzo, 2021.

decisión privada de las partes sobre sus relaciones de familia se convierta en un estado bendecido, ya no por un sacerdote, sino por el Estado nacional y registrado por él" (2).

Y la cuestión se hace tremendamente difícil cuando, como propone la convocatoria de este año a las Jornadas, entran en escena los niños. Si el querer es, en esencia, un estado del espíritu, mutable en tanto que tal, ¡cuánto más lo es para el niño, en pleno desarrollo de su psiquismo!

Piense el lector en algunos capítulos más antiguos de su propia biografía y seguramente encontrará, tal vez en los albores de la adolescencia, promesas de amor sinceras hacia pares y hostilidades airadas hacia adultos. En su contexto de aparición, ambas sensaciones se habrán percibido muy vívidas y, sobre todo, perdurables. Pero si se avanza un poco más en las páginas, el resultado más probable será su evaporación, su sustitución por otras quizá menos intensas pero nacidas de juicios más serenos, que son los que en general la experiencia y la madurez proveen.

Si esto es así, parece indispensable preguntarse acerca de la razonabilidad de pedirle al niño que se pronuncie acerca de quién considera que debería ocupar legalmente el sitio del pariente, general aunque no exclusivamente el del padre o de la madre. No porque la persona menor de edad no tenga nada valioso por decir acerca de unos sentimientos positivos que merecen protección; sino porque tiene derecho a que un estado de su conciencia y de su espíritu en formación no lo comprometa a perpetuidad.

Reaparece aquí una inquietud que hemos planteado (3), la *cuestión gayana*. Si, como enseñaba el jurista, todo lo que nace por un *ius* se extingue por el *ius* contrario, habría que conceder que si el afecto da base a un emplazamiento jurídico familiar, su pérdida debería provocar el efecto de signo contrario, es decir, el desplazamiento. No parece compaginar bien con la idea de parentesco jurídico esta frontera tan porosa

(2) BASSETT, Ursula C., "Pluriparentalidad: dilemas de un debate contemporáneo entre escenarios adultos y derechos de los niños", LA LEY del 19/06/2020, 6.

(3) BELLOTTI SAN MARTÍN, Lucas – ROTHER, Kevin, ob. cit.

que se puede atravesar en ambos sentidos, con la sola base de inclinaciones afectivas.

Este es un aspecto poco explorado de las sentencias que han invocado la socioafectividad para hacer nacer vínculos jurídico-familiares, nada menos que en el ámbito de la filiación. Por lo pronto, no han visto la luz por ahora sentencias hayan extinguido un estado filiatorio con base exclusiva en la carencia o desaparición del afecto parental.

El asunto se torna muchísimo más delicado cuando la socioafectividad ya no es la base para que personas que se prodigan afecto queden vinculadas jurídicamente. En el ámbito jurisprudencial el concepto —que, insistimos, carece de definiciones unánimes— se ha estirado al punto de convertirse en la razón dada para que afloren efectos jurídicos que alcanzan no solamente a los adultos involucrados espiritualmente entre sí, sino a un niño que no ha nacido todavía o acaba de nacer y que aquellos planean criar en conjunto (4).

Las jornadas serán un marco excepcional para aclarar esa cuestión. Ocurre que tal manera de comprender el asunto ya discurre por un carril bien distinto acerca de lo que nuestros autores locales, a partir de doctrina foránea, entendieron por socioafectividad en el ámbito filiatorio.

(4) Juzg. Nac. Civ. Nº 7, 22/06/2022, "K., D. V. y otros s/ información sumaria", AR/JUR/93339/2022. El pronunciamiento no se encuentra firme a la fecha de esta colaboración. En la sentencia, la jueza rechaza la posibilidad de recurrir a otras figuras distintas del triple emplazamiento filial sugeridas incluso por el Ministerio Público de Menores e Incapaces: "[E]s procedente la inscripción del vínculo filial respecto a cada una de las tres personas que aquí participan del proyecto de vida basado en el amor y el reconocimiento de la pluriparentalidad con todas las consecuencias que de ello se deriven; no siendo admisible la aplicación analógica de aquellas normas del Cód. Civ. y Com. que regulan otros supuestos, como las relativas a la adopción (...). La situación de pluripaternidad que puede existir en la adopción tiene efectos mucho más limitados, pues no habrá propiamente coparentalidad, al no existir ejercicio conjunto de la responsabilidad parental entre todos ellos y, en ocasiones, al no existir una *situación socioafectiva de pluriparentalidad*, pues los progenitores no participan en la toma de decisiones relativas a la vida del hijo" (lo resaltado es nuestro).

María Berenice Días, jurista brasileña con amplio predicamento en la temática, sostenía que en este cuadrante “[e]l vínculo de parentesco se identifica *a favor de quien el hijo considera ser su padre*, aquel que asume las responsabilidades del poder familiar”. Y desde la doctrina peruana, Varsi Rospigliosi identificó concretamente al fenómeno como una corriente de afectos “de ida y vuelta”; de modo tal que “la relación paterno-filial no [queda] atrapada solo en la transmisión de genes cuando existe una *vida de relación y un afecto entre las partes*” (5) (lo resaltado nos pertenece).

En cambio, el punto de vista expuesto unos párrafos más arriba avanza hasta suprimir la nota de reciprocidad, tan característica de cualquier afecto que se precie de tal. Ello arrastra consigo la virtud de relatividad que había definido al fenómeno socioafectivo cuando hizo su aurora en el derecho de familia. Ya no se trata de imputar consecuencias jurídicas a relaciones afectivas sin presupuesto legal o biológico, sino de identificar determinado vínculo y derivar de él una consecuencia jurídica que alcanza a un sujeto que no integra el lazo.

Parece necesario conceder que no es la socioafectividad —en los términos que la doctrina foránea ha intentado comprenderla, no sin oscilaciones— lo que permite el arribo a tales soluciones. Más bien se trata del reconocimiento de la potestad de los adultos de encarar proyectos filiatorios que la ley no ha admitido y que determinada jurisdicción considera suficientemente valiosos y acreedores de tutela. La cuestión conduce, entonces, a un debate distinto que no habría que mezclar con el socioafectivo: el de los siempre difíciles límites del derecho a la concreción del propio plan de vida, aun cuando involucre derechos de terceros.

No se trata de un asunto tan novedoso como podría parecer a primera lectura. Tal como lo ha apuntado la doctrina (6), la confección de

(5) Ver por ambos, FAMÁ, María Victoria, "Legitimación de los terceros interesados en las acciones de desplazamiento filial", *RDFyP*, 2018 (dic.), 3.

(6) Así afirma BASSSET, Ursula C., en ALTERINI, Jorge H., "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. III, p. 449.

proyectos filiatorios basados únicamente en el interés adulto remite en buena medida a la dinámica del derecho romano primitivo, con sus privilegiados vínculos de parentesco agnaticio que luego cayeron en decadencia (7).

Las anteriores corroboraciones conducen a enfatizar la necesidad de que la comunidad jurídica logre consensos más precisos acerca de qué es efectivamente la socioafectividad, para luego debatir qué consecuencias pueden derivarse de ella. Nosotros insistiremos con que no es más que un afecto calificado, de singular cercanía, que se dispensan recíprocamente dos o más personas y que puede tener consecuencias en el plano jurídico.

Evidentemente, la complejidad del debate se traslada hacia cuáles son esas consecuencias. Se trata de una respuesta que tendrá innumerables elementos casuísticos, pero que —cuanto menos— exige que la reacción del derecho sea proporcional, acorde con la naturaleza del fenómeno en su aspecto fáctico y respetuosa también de otros intereses legítimos que puedan resultar concernidos.

Así, un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires consideró que la relación cercana trabada entre dos personas menores de edad institucionalizadas que llegaron a sentirse hermanadas no alcanzaba para hacer jugar en su favor el principio de no separación de que campea en el ámbito adoptivo para los hermanos —art. 595, inc. d), Cód. Civ. y Com.—, aunque sí para establecer un régimen de contacto entre ambas (8).

En una sentencia más reciente, la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó una resolución que había otorgado la adopción de integración de un niño a favor del

(7) En particular, por vía de la *adoptio* en sentido estricto, dos paterfamilias convenían que el *filus* de uno ingrese a la familia de otro en carácter de agnado. El parentesco agnaticio tuvo particular relevancia por razones religiosas (conservación del culto familiar), económicas (provisión de herederos) y aun políticas (organizar sucesiones dinásticas). Sobre el punto puede consultarse DI PIETRO, Alfredo, "Derecho privado romano", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, 2ª ed., ps. 461 y ss.

(8) SCBA, 11/08/2015, "A., O. E. s/ incidente", c. 118781.

cónyuge de su madre. El tribunal de alzada razonó que la figura del progenitor afín provee suficiente protección a la relación trabada entre el niño y su pretense adoptante de integración, sin necesidad de sumar otra figura parental a la biografía de quien contaba ya con dos vínculos filiatorios vigentes, bien que titularizados por adultos en grave conflictiva (9).

Tanto en uno como en otro caso, el registro afectivo de los niños tuvo su cabida, pero también sus límites. En el bonaerense, la pretensión de la niña se encontró con importantes aspectos de orden público en materia de adopción, vinculados al modo en que se escogen los postulantes para cada niño privado de cuidados parentales en concreto. En el nacional, la cortapisa fueron los derechos-deberes del otro integrante de la díada parental que, si no ha desertado de su rol, no tendría que verse forzado a tolerar su supresión o la inclusión de un tercero en el ámbito de sus potestades y obligaciones de crianza.

Pero en ambos casos el afecto allanó el camino para su propia subsistencia. La niña "O." tuvo reconocido un derecho a mantener trato frecuente con aquella a quien, decía, sentía su hermana. Y el niño "S." mantuvo su vínculo con el esposo de su madre con exactamente el mismo alcance con el que ingresó al proceso: tal como advirtió el tribunal de apelaciones, el juicio no pareció pivotar sobre cómo resguardar ciertas relaciones afectivas que no fueron objeto de embate (niño - cónyuge de la madre), sino sobre la pretensión de excluir otra (niño - padre), reprobada por algunos de los adultos en liza.

La prudencia y la equidad con la que se han conducido estos tribunales provee, desde nuestro punto de vista, soluciones tanto mejores que otras brindadas en la misma temática y que vienen nutriendo las últimas entregas de los repertorios jurisprudenciales.

Se ha dicho en el ámbito especializado es prudente el juez que "procura que sus comportamientos, actitudes y decisiones sean el resultado de un juicio justificado racionalmente, luego de haber meditado y valorado argumentos y contraargumentos disponibles, en el marco del de-

(9) CNCiv., sala B, 26/05/2021, "P. D. A., S. s/ adopción", c. 83436/2016.

recho aplicable" y que por ello la virtud de la prudencia cumple una importante función de autocontrol en el ejercicio del poder jurisdiccional (10). En estrecha relación, el juez equitativo es el que, "sin transgredir el derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento" (11).

Nos parece importante posar la mirada en estas virtudes para dialogar con cierta comprensión contemporánea condensable en la idea popular de que *todo suma*. Así, en el ámbito que aquí estudiamos, se pensaría que conviene al interés del niño tener a más de dos sujetos emplazados como padres puesto que de ese modo se juridizan unos afectos respetables y se aseguran ciertas ventajas para un futuro más o menos próximo (v.gr., derechos alimentarios y sucesorios).

Pero nos parece que el argumento, aunque quizás persuasivo, es aparente. De todo comienzo habría que decir que en muchas ocasiones para sumar algo al patrimonio jurídico de alguien es necesario restar otra cosa del de un semejante o bien tensionar soluciones que son de orden público porque atienden a intereses generales y no solo al de los sujetos concernidos en un caso particular. Ya hemos visto más arriba dos ejemplos concretos de ello.

Y enseguida aparecen interrogantes más sutiles, por caso, hasta dónde soluciones que operan sobre tal comprensión tienen en cuenta el carácter recíproco de los derechos subjetivos familiares. Si se analiza la cuestión, por ejemplo, desde la óptica del derecho de los alimentos, quien hoy es un niño que contará con un legítimo pasivo más al cual reclamarle contribución; mañana estará también colocado en esa misma calidad potencial frente a un mayor número de ascendientes (12).

(10) Código Iberoamericano de Ética Judicial, arts. 68 y 69.

(11) *Ibidem*, art. 37.

(12) Este aspecto puntual de la cuestión fue puesto de resalto por la profesora Graciela Medina en las III Jornadas Platenses de Derecho Sucesorio, celebradas en noviembre de 2020.

Algo comparable ocurre en el ámbito personal. Si se admite que la sola comprobación de cierto afecto calificado resulta suficiente para poner a terceros *in loco parentis*, habrá que reconocerles a todos ellos por igual las mismas facultades para la formación y conducción del niño durante su menor edad (13).

La armonía de las uniones sexuales y afectivas entre tres o más personas está tan expuesta a la ruptura como cualquier otro tipo de relación humana de tal tenor. De tal suerte que será necesario coordinar un elenco cada vez más amplio de titulares de potestades de crianza, con sus respetables y disímiles visiones del mundo y pretensiones. Habrá que pensar, por caso, cómo el niño transcurrirá preferiblemente cantidades similares de tiempo en tantos hogares como figuras parentales se hayan incorporado a su biografía, en un reparto difícil y no ajeno a trajines agotadores y con alta capacidad desorganizante tanto para el niño como para los adultos.

Y cabe más aun esta prevención para aquellos supuestos en los que la invocación de la socioafectividad ha llevado a que quienes deban lograr acuerdos de crianza sean dos sujetos —eventualmente más— que nunca tuvieron voluntad de encarar un proyecto filial conjunto (14).

Llegados a este punto, interesa preguntarse qué autoridad tiene la ley para resolver estas cuestiones. El Cód. Civ. y Com. que hoy nos rige no llega todavía a la década de vigencia y, en una de sus cláusulas, previó expresamente la imposibilidad de que una persona ostente más de dos vínculos filiales (art. 558, parte final).

Se ha explicado que de este modo nuestra ley sigue las tendencias del derecho comparado (15). También, desde una perspectiva que no se contradice con la anterior, que se trata de una

alternativa que mantiene la tradición legislativa consistente en aplicar en la medida de lo compatible las lógicas de la filiación por naturaleza a las demás fuentes de emplazamiento (16).

Sean esas u otras las razones tenidas en cuenta por el legislador, lo cierto es que este tomó una opción clara, que difícilmente pueda considerarse superada por la realidad sociológica posterior si se considera que el código de hogar recién da sus primeros pasos. Seguramente la solución resulte insatisfactoria desde algún punto de vista, tan respetable como cualquier otro. Pero justamente la ley existe para resolver aquellas cuestiones en las que tenemos puntos de vista disímiles que disputan en el juego democrático, cada uno con sus méritos.

Es interesante en este sentido el dictamen de la fiscalía interviniente en uno de los juicios que hemos estudiado, la cual señaló a la jueza llamada a entender en una pretensión de filiación triple que “no debe hacerse una utilización abusiva de los denominados tests de constitucionalidad frente a prohibiciones o limitaciones que, aunque sean discutibles para algunos, no por ello implican una vulneración de la Carta Magna porque, por ese camino, también se corre el riesgo de que los jueces sustituyan al legislador contrariando la esencia del estado de Derecho, la separación de los poderes y, por eso, la forma republicana de gobierno” (17).

La réplica recibida desde el estrado, con cita doctrinaria, fue por un lado que la reforma de 2015 fue la posible en un contexto de profundo debate, de otras cuestiones también sensibles. Parecería deslizarse que la regla del doble vínculo filial se presentó como una concesión a sectores menos próximos a la filosofía del nuevo código.

Es probable que así sea, pero no se llega a advertir de qué manera ello resta a la ley su valor en este cuadrante; pues no se encomienda a los jueces hacer un test de afinidad entre las intenciones de los sectores que impulsaron la reforma y el texto finalmente sancionado. En efecto, conforme a un asentado canon interpretativo de

(13) Tal es la solución que exigirían los arts. 641, inc. b), y 645 del Cód. Civ. y Com., aplicados analógicamente.

(14) Juzg. Civ. Personas y Fam. N° 2 de Orán, 10/08/2021, "P., I. c. D., S. s/ impugnación de filiación", c. 16725/20, SAJ FA21170010, AR/JUR/118826/2021.

(15) HERRERA, Marisa, en HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 276.

(16) BASSET, en ALTERINI, Jorge H., ob. cit.

(17) Transcripto en Juzg. Nac. Civ. N° 7, 22/06/2022, "K., D. V. y otros s/ información sumaria", cit.

la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse **(18)**.

Por su parte, habría que reconocer que, al final del día, si una ley es producto de concesiones lícitas e intercambios de perspectivas, porta mejores credenciales democráticas que las que son producto de las siempre sospechosas unanimidades.

La sentencia, frente al concreto señalamiento del Ministerio Fiscal, afirmó también que la realidad actual muta a ritmo tan acelerado que resulta esperable que una codificación recientemente sancionada quede vieja a poco de andar y que el derecho tiene un deber de dar respuesta a tales modificaciones.

Nuevamente es posible coincidir con ese argumento. Pero tenemos que, en nuestro país, los órganos de deliberación democrática por excelencia se renuevan asiduamente, y en cada nueva conformación de los cuerpos legislativos ingresan representantes de la sociedad en su estado de conciencia actual. En efecto, desde la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., la Cámara de Diputados de la Nación tuvo ya dos cambios completos **(19)**. El Senado, por su parte, completó en 2019 su renovación total respecto de la conformación que sancionó el código actual y en 2021 operó una nueva renovación de la tercera parte de sus integrantes **(20)**.

No se trata, pues, de una deuda que el legislador tiene con una temática porque resultaba desconocida o improbable al momento de la sanción de un ordenamiento; sino de una respuesta concreta dada a un fenómeno conocido que se mantiene invariable porque —al menos de momento— no se ha reunido consenso suficiente para instar su modificación.

---

(18) CS, 11/11/2021, "Chukwudi, Anthoni s/ incidente de recurso extraordinario", Fallos 344:3458 y sus abundantes citas.

(19) Las elecciones legislativas de 2015, 2017, 2019 y 2021 provocaron la renovación por mitades de la cámara baja (art. 50, CN).

(20) Art. 56, CN.

El asunto no es una experiencia solo local, a poco que se tenga en cuenta que ordenamientos como el de los Países Bajos, de tradición que nadie podría acusar de conservadora, han preferido postergar el debate en torno a la pluriparentalidad hasta tanto se conozcan mejor sus implicancias en distintas áreas jurídicas relativas a la nacionalidad, el derecho sucesorio, la inmigración, los alimentos y el nombre **(21)**.

De tal suerte, la pervivencia de una legislación también algo dice al intérprete, que no puede entonces en buena lid —desde nuestro punto de vista— echar mano al recurso de la ley superada por la sociología para brindar a cada caso soluciones más afines a sus preferencias.

Como queda visto, la comisión de familia de las Jornadas tendrá que lidiar con cuestiones muy complejas y profundas.

En primer lugar, se encontrará con la necesidad de definir un concepto que ha sido utilizado de maneras muy diversas. En segundo lugar, deberá reflexionar acerca de cuáles son hoy los alcances jurídicos posibles de tal emergente fáctico y sus límites. Por último, atendiendo a la tradicional distinción realizada entre conclusiones *de lege lata* y *de lege ferenda*, deberá estudiarse si nuestro diseño legislativo actual provee respuestas insuficientes o insatisfactorias de cara a tales realidades para —en su caso— aconsejar una enmienda en determinado sentido.

Nuestro aporte al evento intentará ofrecer algunas respuestas en los tres cuadrantes. Juntamente con dos distinguidísimas profesoras de derecho de familia sostendremos que, por algunos de los motivos expuestos en este trabajo y otros varios que exceden sus límites, la socioafectividad no es sino un tipo calificado de afecto. También que este último tiene importantes consecuencias jurídicas reconocidas en el ámbito del derecho de familia positivo. Y que a ellas es necesario recurrir para proteger tales inclinaciones valiosas sin alterar su esencia mutable mediante emplazamientos con consecuencias, en principio, irreversibles.

Nos espera, pues, Mendoza, con interesantes debates en puerta.

---

(21) BASSET, Úrsula, "Pluriparentalidad...", cit.

# El concepto “padre” en el universo jurídico

## Reordenamiento filiatorio y la socioafectividad

Alicia García de Solavagione (\*)

**Sumario:** I. Deslindes introductorios.— II. Deber de juristas y magistrados de argumentar con enfoque republicano. Especificidad dentro del derecho privado. Derechos subjetivos familiares.— III. Estado de familia como plataforma de partida para futuras legislaciones.— IV. Posesión de estado filiatorio: factor clave para la reflexión acerca de la socioafectividad.— V. Esbozo de los títulos de estado de familia a modo de cierre de los estados de familia. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.— VI. Incorporación del modelo socioafectivo en las relaciones filiales y parentales en el derecho vigente.— VII. Nuestra opinión.— VIII. El precedente brasileño sobre la socioafectividad.— IX. Conclusión. Final *apertus*.

### I. Deslindes introductorios

Aún cuesta hallar una definición unívoca de esta creación jurisprudencial llamada “socioafectividad”. Una confusa y forzada doctrina acientífica desnaturaliza el derecho familiar, convirtiendo el andamiaje jurídico de los institutos que lo componen, en métodos estratégicos de solución de ciertos casos reales. De tal modo, al aplicar esta teoría tambalea la naturaleza jurídica misma del *iusfamiliarismo*. Aun así, estimo que, si profundizamos el tratamiento de normas programáticas y *excepcionales*, la socioafectividad podría ser incorporada con normas de estructura.

---

(\*) Profesora titular de Derecho Privado VI —Familia y Sucesiones— y docente de posgrado y doctorado (Facultad de Derecho, UNC); doctora en Derecho y Ciencias Sociales e investigadora categorizada de Docentes Investigadores de Universidades Nacionales por la UNC; presidenta de la Comisión Argentina de la Asociación de Derecho de Familia y de las Sucesiones (ADFAS) con central en San Pablo (Brasil); miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; miembro titular del jurado para la selección de magistrados del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación.

Algunos consideran que la socioafectividad es una *estrategia jurídica acertada*, introducida por los magistrados (1). Adherimos a este criterio.

Se procura encontrar un atajo favorable desde el campo de la sensibilidad, a la niñez en situación de vulnerabilidad en supuestos de filiación adoptiva; filiación por TRHA; a la gestación por sustitución también denominada subrogación o alquiler de vientres, entre otras posibilidades de actos humanos. En realidad, se procura flexibilizar o anular, los arts. 558, 578, 252, 611 y ccds. del Cód. Civ. y Com. vigente, los que reposan en *vínculos filiatorios binarios y la indisponibilidad del estado de familia*. Una vez caído el sistema filiatorio de doble vínculo, se establecerá la *pluriparentalidad basada en la vinculación socioafectiva* (2).

---

(1) KRASNOW, Adriana, "La socioafectividad en el derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 32, nro. 1, 2019.

(2) En las Jornadas XXV de Derecho Civil, realizadas en Bahía Blanca en el año 2015, la comisión 14 de estudiantes concluyó que "[e]l interés superior del niño debe

Una exigencia de la vida social es que la fe en la seguridad y la estabilidad de las relaciones no resulte amenazada con el temor de que una ley posterior venga a transformar el estado de familia consolidado, perturbando las relaciones visiblemente constituidas; pero contra esta realidad hay otra no menos cierta y respetable, que es la de los cambios del ordenamiento jurídico impuestos por la evolución de la vida social. Solamente de la conciliación de ambas necesidades puede derivar la acertada solución del problema. No es cuestión de admitir todo deseo que anide en la psiquis de cada individuo, lo que denominamos "derecho desiderativo", pues existen los *estados de familia*, que son de orden público. Es necesario desentrañar si la incorporación de la socioafectividad es un instituto del derecho familiar.

Dentro de los "fenómenos" judiciales razonados, elijo al azar un fallo de San Cristóbal, provincia de Santa Fe, con sentencia no firme, donde la jueza Marisa Malvestiti, citando a Varas y Tavip, sostiene que "se ha trasladado a otros ordenamientos en los que ya se comienza a hablar de *"parentesco social-afectivo"* para reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza; se ha producido, entonces, lo que ha dado en llamarse *"desencarnación"* (...) el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo" (3). La magistrada aduce: "En otras palabras, han cobrado relevancia para el universo del derecho, dos elementos que se evidencian como estructurantes de los vínculos: lo social y lo afectivo (...). No podemos negar que estas nuevas formas de construir vínculos familiares, más allá de la sangre o el parentesco 'legal', ponen en evidente crisis y tensión el 'binarismo filial' (...). Anticipo que adhiero (...) al análisis sistémico propuesto por el derecho

ser definido a la luz de la socioafectividad como valor que lo realiza en el caso concreto".

(3) VARAS, Ma. Gabriela - TAVIP, Gabriel E., "La socioafectividad como fuente de relaciones familiares. Un abordaje desde lo jurídico y lo vincular", en REY GALINDO, Mariana J. (dir.), *Derecho de las familias - Temas de fondo y forma. La incidencia de la interdisciplina*, Ed. ConTexto Resistencia, 2021, ps. 146 y ss.

*constitucional* (4) de las familias, brinda una herramienta eficaz, humanizada y humanizante para resolver casos como el presente". Al final, se explaya sobre el amor familiar y considera que la sujeción a las normas del Cód. Civ. y Com. de reciente vigencia ("fría letra", las denomina) es un tema inferior, mínimo, que encorseta.

La magistrada ignora que, precisamente, *esa es la obligación constitucional* de todo miembro del Poder Judicial investido de tan alto cargo: *aplicar la ley e interpretar excepcionalmente aquello que no esté claro*. Si asume tareas legisferantes, debería —por su calidad de ciudadana— afiliarse a un partido político que la postule como legisladora (Poder Legislativo), procurando desde allí todas las modificaciones que ahora ejecuta mediante su pluma de jueza.

La ley es pensamiento y voluntad del presente, no de pasado; vive como un producto orgánico y con capacidad para desenvolverse por sí mismo, en la medida en que se desenvuelven las relaciones de la vida a cuya regulación tiende (5). Así, deben ser abordados inevitablemente los actos jurídicos familiares y la posesión de estado de familia, con particular enfoque en el *status filii*.

Lloveras, refiriéndose a los emplazamientos familiares y el principio de prioridad de la propia familia en la adopción, sostenía que "[l]a filiación que tiene una persona es trascendente en la vida, y lo son también las relaciones familiares en que se halla emplazada. En ese entrelazamiento jurídico del vínculo el derecho debe coadyuvar a afirmar, a integrar y a consolidar el vínculo existente. *El derecho no puede ingresar en la vida de las emociones del hombre desconociendo los efectos que puede causar la regulación que propone. Y, menos aún, ingresar en la vida de las emociones entendiendo que puede regularlas totalmente desde el orden normativo*" (6).

(4) *Vocablo inexistente*, según el Diccionario de la RAE.

(5) DE RUGGIERO, Roberto, "Instituciones de derecho civil. Introducción y parte general. Derecho de las personas. Derechos reales y posesión", Ed. Reus, Madrid, sin fecha, trad. R. Serrano Suñer y J. Santa Cruz Teijeiro, t. I, p. 146.

(6) LLOVERAS, Nora, "La adopción", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 531.

El interés sociofamiliar y la necesaria certidumbre, transparencia y supervisión de estos actos, determinan que, en cuanto a su *forma y publicidad*, los requerimientos sean más estrictos que los referidos a los actos jurídicos comunes que solo interesan a los particulares intervinientes. Fanzolato conceptualiza los actos jurídicos familiares, sosteniendo que “[s]on actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones *jurídicas* familiares, o crear, modificar, ejercer, conservar o extinguir derechos subjetivos familiares, en tanto, la obtención de ese fin por la voluntad de los particulares esté admitida por la ley” (7).

¿Es la socioafectividad una categoría sui generis generadora de hechos jurídicos que producen emplazamiento familiar? La respuesta que obtenemos, de carácter empírico por parte de magistrados cuyos fallos estudiamos, es que la existencia de “afectos de apego” es un dato de la realidad; que existen padres/madres del corazón que asumen funciones de progenitores, que cuando la historia de vida lo amerite “deberá admitirse la triple filiación” (sic) (8). Obsérvese la escasa argumentación jurídica (9). Mayor

(7) FANZOLATO, Eduardo I., "Derecho de familia", Ed. Advocatus, Córdoba, 2007, t. I, p. 125.

(8) DE LA TORRE, Natalia, en la Asociación de Magistrados de Tucumán, 12/12/2020 (<https://youtube.com/watch?v=cSJLcnOWtW4>), informa estadísticamente sobre casos de gestación por sustitución: A) Existen 48 casos que comprometen proyectos biparentales, es decir, los comitentes son parejas, casadas o no. B) 1 caso compromete 1 proyecto de monoparentalidad, ciertamente, mujer sin pareja. B) 33 casos comprometen a parejas casadas, 15 a parejas convivientes y 1 a persona sin pareja. C) 36 casos comprometen a parejas heterosexuales, 12 a parejas del mismo sexo y 1 a persona sin pareja (la numeración es la original de la autora). Y concluye expresando la cantidad total de sentencias en relación con los casos planteados: "Cantidad total de sentencias: 56. Cantidad total de casos: 49". Evidentemente *no es un tema prioritario en la Argentina por estos días*. En el mismo video da estadísticas de casos de triple filiación en la Argentina: "Triple filiación: 10 casos". Sorprende en el material audiovisual citado el uso de locuciones tales como: "estrategia judicial dominante", "comercialización: ¿cómo te evito?", *denotando un modo autoritario de imposición, alejado del correcto lenguaje jurídico*.

(9) Casos jurisprudenciales argentinos: Juzg. Fam. San Isidro N° 1, 23/10/2019, "V. F. A. y M. M. C. s/ delegación de la responsabilidad parental", expte. SI-1965-2019,

preocupación causa ver que los propios doctores afines no argumentan sobre *el modo de inscripción registral* de esos vínculos —sostenidos por el afecto— en un cuerpo normativo *jurídico formal, con solemnidades que deben garantizar la publicidad*. Esto nos lleva al análisis de los derechos subjetivos familiares.

*El juez no es un taumaturgo. Sin reglas legales ni leyes especiales, no puede hacer prodigios.*

## II. Deber de juristas y magistrados de argumentar con enfoque republicano. Especificidad dentro del derecho privado. Derechos subjetivos familiares

El derecho de familia es el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y la disolución de la familia (10). El orden público familiar está presente en la mayoría de sus preceptos; en su ámbito no se actúa sobre la base del libre juego de los intereses de las partes, sino que, por encima de los intereses individuales se impone el *interés familiar* del Estado, que es la fórmula usada en la materia para designar al orden público. Sus normas son mayoritariamente imperativas y no supletorias. Tal posición de dependencia afecta a todo el individuo. Entre las teorías extremas, una que considera al individuo absolutamente autónomo y niega, por lo mismo, al Estado, y otra, que estima a aquel está enteramente absorbido por el Estado, hay una ecléctica que considera al individuo en parte autónomo y en parte sujeto al Estado. Cicu estima que tal desdoblamiento de la personalidad se revela al jurista como un absurdo (11).

*elDial.com*, AAB83C; Juzg. Fam. San Cristóbal (Santa Fe), 14/03/2022, "P., R. R. c. I., N. V. y otros s/ impugnación de filiación matrimonial y reclamación de filiación", *elDial.com*, AACBA8 (sentencia no firme); Juzg. Fam. N° 1 Tandil, 06/08/2020, "B. O. I. s/ adopción. Acciones vinculadas", expte. 23870 (sentencia firme), *elDial.com*, AABF78. Juzg. Fam. N° 2 de Orán, 10/08/2021, "P., I. c. D., S. - impugnación de la filiación", expte. 16725-20, *elDial.com*, AAC6A1 (sentencia no firme), entre otros escasos fallos.

(10) FANZOLATO, Eduardo I., ob. cit., p. 73.

(11) CICU, Antonio, "La filiación", Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1930, 1ª ed., trad. F. Giménez Arnau y J. Santacruz Teijeiro, p. 10. Señala el maestro de Bolonia: "Si es cierto que el derecho se produce y actúa

En general, los vínculos parentales, las relaciones conyugales, los nexos derivados de la filiación por naturaleza, adoptiva o por voluntad procreacional, las relaciones parentales, la tutela y el régimen de la legítima hereditaria están gobernados por reglas imperativas insusceptibles de ser modificadas por la voluntad de los particulares.

En el campo del derecho familiar existe una restringida autonomía de la voluntad, que se tolera en la medida en que esa particular regulación privada de los efectos de ciertos actos familiares no ataque los contenidos de orden público que inspiran la respectiva institución familiar. La válida actuación de la autonomía de la voluntad es receptada de la mano de la jurisprudencia, por imperio de la realidad social y la necesidad de procurar contemplarla.

La fuerte raigambre *registral* y solemne de todo estado de familia y demás actos familiares, tienen su correlato en la pertinente inscripción en el registro del estado civil y capacidad de las personas, y otorga *efectos jurídicos* al acto familiar. Tampoco la distinción entre derecho público y derecho privado es un tema superado como se cree. En derecho familiar estamos transitando un sendero social o mixto.

En efecto, luce evidente que vamos hacia un derecho de construcción social. No obstante, ello solo será así observando la esencia de las normas familiares y la realidad. Por lo que estamos visualizando, el enfoque republicano requiere tener presente que el conflicto entre individuo y Estado se plantea y se resuelve dentro del Estado. Y no implica una afirmación del individuo contra o sobre el Estado pues, aunque el individuo goce de cierto grado de libertad, no está ni contra ni fuera del Estado, y depende siempre de este. *El error común se produce por no distinguir el problema jurídico del problema político. El dilema aquí es: ¿interesa al Estado considerar como fines suyos elevando a fines superiores todos los fines individuales o, por el contrario, le interesa dejar al individuo una más o menos amplia esfera de libertad individual en la cual él mismo sea dueño de fijarse y realizar sus fines particulares?*

---

por el Estado, *el individuo que estuviera parcialmente fuera del Estado, parcialmente se hallaría fuera del derecho*”.

Sentada la tesis de que todo derecho privado, público o social debe reposar inexorablemente en la subordinación de los intereses individuales al bien común, podemos avanzar en el tema: los derechos subjetivos familiares.

El derecho subjetivo civil es la facultad de obrar y de exigir con miras a la satisfacción de un interés honesto y justo, digno de tutela jurídica. Pueden ser reales o personales. Estos últimos a su vez, se clasifican en derechos o potestades familiares y en derechos de crédito.

Los derechos subjetivos familiares son facultades jurídicas reconocidas y otorgadas a las personas por la estructura legal —que se fundamentan u originan en el parentesco, el matrimonio, la responsabilidad parental, la tutela— con la que se inviste a los titulares como medio de protección de sus intereses legítimos o con la finalidad de salvaguardar intereses ajenos. Se suelen clasificar en: a) derechos subjetivos familiares reconocidos en interés individual, propio de su titular, y son derechos que se mantienen dentro de la esfera potestativa de su titular. Su ejercicio depende de su exclusiva decisión, libre, lícita y no abusiva (v.gr., alimentos posteriores al divorcio, art. 434 del Cód. Civ. y Com.) y b) facultades o derechos que se otorgan para satisfacer intereses ajenos que *no* son derechos subjetivos puros. Se los denomina derechos-deberes porque el ordenamiento familiar los reconoce para facilitar, permitir y garantizar el satisfactorio cumplimiento de su deber determinante. Son de ejercicio obligatorio y su incumplimiento puede originar sanciones.

Traigo al Maestro Fanzolato aquí, cuando se interroga: “¿Cómo nacen los derechos subjetivos familiares? Algunos derechos subjetivos familiares nacen del puro hecho de pertenecer a una familia; se trata de derechos que, originándose en hechos naturales (nacimiento, muerte, guarda, separación fáctica) emplazan involuntariamente a los sujetos en situaciones jurídicas de las que derivan derechos-deberes o derechos subjetivos familiares o cuasifamiliares. La ley determina que, de tales hechos, surjan las consecuencias jurídicas constitutivas de derechos subjetivos, sin que semejantes consecuencias jurídicas se hayan querido o buscado deliberadamente por los sujetos involucrados en el hecho mismo. Piénsese, en este sentido, en las

relaciones jurídicas impuestas por la solidaridad familiar” (12).

Vidal Taquini expresa, en postura que no compartimos: “Mas como el vínculo por sí solo puede resultar insuficiente, resulta necesaria la voluntad exteriorizada para que el vínculo biológico trascienda al plano jurídico, y el medio es el acto jurídico familiar de emplazamiento en el estado de familia. Es pues el emplazamiento el principal factor de donde surgirán los derechos subjetivos familiares. Es decir que el acto jurídico familiar provoca el emplazamiento y según aquel el estado (13). Fanzolato refuta, expresando: “Son los hechos jurídicos (engendrar, concebir, nacer, morir) y ciertos actos de emplazamiento (matrimonio, sentencia de adopción) los que originan los derechos subjetivos familiares porque, como dice Orgaz, sin el hecho jurídico ‘no puede pensarse la vida jurídica, puesto que el hecho es el antecedente necesario de todo derecho y de toda modificación de los derechos’ (...). En el fondo, todos los derechos subjetivos familiares nacen de la ley, de las normas jurídicas de derecho de familia”.

*Desde este enfoque progresamos en el tratamiento de la socioafectividad. En otras palabras, podrían existir hechos jurídicos, que no sean simplemente actos lícitos, que tampoco produzcan emplazamiento familiar, pero que puedan generar derechos subjetivos familiares (14).*

Sin embargo, la convivencia social republicana exige, en esta época, establecer con precisión qué subyace detrás del debate —si es que se tolera la opinión del otro— de modelos o pautas familiares como la socioafectividad. Es digna de mencionar la estrategia *disruptiva* que se reclama al incorporar la institución, impulsando la *desjuridización* del ordenamiento

vigente en materia familiar. Así, Salituri Amezcua y Videtta (15) expresan bajo el epígrafe: “La socioafectividad como principio rupturista del contemporáneo derecho de las familias. No obstante, la socioafectividad como principio transversal cruza todo el derecho de las familias y, en consecuencia, desborda y va más allá de los aspectos meramente filiales (ello sin desconocer el impacto superlativo en este campo, así como su ineludible conexión con el interés superior del niño). De allí que cabe considerar su gravitación cada vez más presente y rupturista dentro del derecho de las familias”. “Se trata de estudiar los cruces y efectos de principios rectores, rupturistas e ineludibles a la luz de la realidad social”.

### III. Estado de familia como plataforma de partida para futuras legislaciones

El estado de familia es la situación jurídica que tiene un individuo dentro de la familia. Comprende la posición jurídica global que ocupa una persona en el seno de la familia a la que pertenece, tanto con referencia al vínculo matrimonial, como a los vínculos paterno filiales y parentales.

Ha sido definido como “[c]onjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos que corresponden a las personas en virtud de su emplazamiento familiar, los que por estar a ellas atribuidas, procuran la tutela de su individualidad familiar (como persona) ante el orden jurídico” (16). “El acto jurídico de emplazamiento en el estado de familia es el acto que tiene por fin fundar una familia o establecer la posición de las personas dentro de la misma” (17).

Con relación al vínculo paterno-filial se distinguen los estados primarios de hijo y de progenitor, con las características secundarias que

(12) FANZOLATO, Eduardo I., ob. cit., p. 120.

(13) VIDAL TAQUINI, Carlos H., "El derecho subjetivo familiar", LA LEY, 1979-B, 1007.

(14) Art. 257: “Hecho jurídico. El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. Art. 258: “Simple acto lícito. El simple acto lícito es la acción voluntaria no prohibida por la ley; de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

(15) SALITURI AMEZCUA, Martina - VIDETTA, Carolina A., "La interseccionalidad de tres principios del contemporáneo derecho de las familias: socioafectividad, interés superior del niño y perspectiva de géneros", RDF 98-71, AR/DOC/48/2021.

(16) ZANNONI, Eduardo A., "Derecho de familia", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, 5ª ed. act. y amp., t. 1, p. 78.

(17) DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "El acto jurídico familiar y otros estudios", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 26.

derivan de ese vínculo (hijo por naturaleza, hijo adoptivo pleno, hijo adoptivo simple, progenitor por voluntad procreacional, progenitores indignos de suceder, etc.).

Con posturas diversas en cuanto a la extensión de los estados de familia, surgen nuevas formas y realidades cuasi familiares, que generan incipientes debates. Durante la sanción de la ley 23.264 se hablaba de la existencia de una "*voluntad compulsiva*" en tanto constitutiva del vínculo jurídico familiar. López del Carril rechaza este criterio —promovido por Díaz de Guijarro (18)— al expresar que "[e]n primer lugar la voluntad compulsiva importa tanto como que alguien obligue a otro a un movimiento o expresión de voluntad que en último término importaría una *coacción*; y no es así" (19).

El Cód. Civ. y Com., al incorporar las uniones convivenciales, con limitados efectos civiles, salvo la amañada figura del progenitor afín que ha sido motivo de severas críticas de doctrinarios extranjeros, importa un avance legislativo en el concepto de la afectividad, y obliga a preguntarse si quienes integran dichas uniones quedan emplazados en un nuevo *status conviventiae*, y si las relaciones jurídicas que origina entre los miembros de dicha unión se expanden de algún modo en la familia de cada uno de los convivientes, generando estado de familia.

*A nuestro juicio, tanto la unión estable meramente fáctica como las registradas, no agotan la aptitud nupcial de las parejas ni tiene fuerza expansiva en otros institutos jurídicos familiares tales como el parentesco, razón por la cual no estamos frente a un nuevo status familiae de conformidad a nuestro particular ordenamiento vigente (arts. 509 a 528). Es decir, no surge un inédito estado de familia con similar dilatación al del estado conyugal matrimonializado.*

Fanzolato expresó, con anterioridad a la sanción del matrimonio igualitario y al nuevo Cód. Civil del 2015: "Actualmente, en nuestro país, el estado de familia en su plenitud surge de la relación matrimonial o de la filiación; es decir, la plenitud de las relaciones familiares (en el sen-

tido de abarcar, comprender o producir mayor número de derechos subjetivos familiares, e implicar mayor cantidad de 'familiares' involucrados) emergen del matrimonio y de la filiación" (20). No obstante, admite la eventualidad de la existencia de nuevos estados familiares.

No cabe duda de que el acto jurídico familiar va a ser creado por la voluntad, que emplaza al ser humano en el estado de familia filiatorio o conyugal. "Incluso ese poder de disposición se ejerce a veces por inacción: a mí se me atribuye un estado", ilustra Díaz de Guijarro. "Por ejemplo, hay alguien que se dice hijo mío. Si yo dejo crear aún la posesión de estado y no ejerzo la acción, y dejo que los acontecimientos del diario vivir vayan produciendo la prueba, por *posesión de estado*, de que soy el padre, mi mera inacción me está colocando en la posición de padre" (21).

Aquí ya estamos en condiciones de vincular el tema en abordaje, con la institución de la posesión de estado de hijo, al que ceñiremos nuestro análisis.

#### **IV. Posesión de estado filiatorio: factor clave para la reflexión acerca de la socioafectividad**

Definida por la doctrina clásica, la posesión de estado de familia consiste en el goce público, notorio y constante de una determinada situación familiar, que surge del prolongado ejercicio fáctico de los derechos y obligaciones propios de ella, con prescindencia de quien los ejerza tenga el título de estado correspondiente a dicha situación o carezca de él. Díaz de Guijarro, por su parte, lo pasa a denominar "estado filial aparente de hecho".

Reposa sobre el requerimiento de tres elementos para considerar constituida dicha situación: *nomen* (uso del apellido del progenitor por el hijo), *tractatus* (tratamiento público de hijo dado por el progenitor y *fama* (reconocimiento, notoriedad o publicidad social de ese trato en calidad de hijo). De suma importancia, Vélez Sarsfield lo aborda en la nota al originario art. 2º del tít. V, cap. I del Cód. Civil, que luego repro-

(18) JA, 39-1975, p. 570.

(19) LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., "La filiación y la ley 23.264", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 40.

(20) FANZOLATO, Eduardo I., ob. cit., p. 152.

(21) DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, ob. cit., p. 63.

duce en la nota al derogado art. 325 en términos conmovedores (22).

Vélez Sarsfield apuntaba: “Así la paternidad demostrada por los hechos más incontestables, justificado *por la posesión de estado* más notoria, confesada aún por declaraciones autógrafas más precisas, podrá ser impunemente desmentida a nombre de la ley y salvada la primera obligación del padre de alimentar al hijo a quien le ha dado el ser”. La nota es un resumen del discurso pronunciado por el codificador cordobés en la Cámara de Senadores (23) en 1858, en

(22) Nota al derogado art. 325 del Cód. Civil de Dalmaico Vélez Sarsfield: “Así, la paternidad demostrada por los hechos más incontestables, justificada por la posesión de estado más notoria, confesada aún por las declaraciones autógrafas más precisas, podrá ser impunemente desmentida a nombre de la ley, y salvada la primera obligación de un padre de alimentar al hijo a quien ha dado el ser, mientras no se le pruebe que es el padre por escritura pública o por actos auténticos (...). Cuando un hombre ha sostenido y mantenido a la madre, cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella, tratándolo como suyo, cuando lo ha presentado como tal a su familia y a la sociedad, y en calidad de padre ha provisto a su educación, cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser padre de él, no puede decirse que no ha reconocido al hijo de una manera tan probada, como si lo hubiera hecho por una confesión judicial. *La posesión de estado vale más que el título.* El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo; mas la posesión de estado, los hechos que la constituyen, son un reconocimiento continuo, perseverante, de muchos y variados actos, de todos los días, de todos los instantes. La posesión de estado es así, por su naturaleza, una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos, es *la evidencia misma; es la prueba viva y animada; la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla; la prueba en carne y hueso, como decía una Corte francesa.* El juez puede, pues, por los hechos que constituyen la posesión de estado, dar una sentencia sobre la paternidad con una conciencia más segura que la que le daría una escritura pública, un asiento bautismal” (*Código Civil de la República Argentina*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, ps. 123-124).

(23) Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires, año 1858, p. 82. También puede consultarse en “Escritos jurídicos”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 341. *Sorprende observar que ya a mediados del siglo XIX se hablaba del vínculo social basado en la posesión de estado.* Por lo que no es novedosa, ni revolucionaria la noción de socioafectividad, como se ha dicho por estos días. Sucede que la existencia de casos concretos en materia de filiación obligan a actualizarla.

contra de un proyecto de ley que tendía a prohibir la investigación de la paternidad ilegítima, incorporando a la legislación nacional la doctrina del art. 340 del Cód. Civil francés.

La trascendencia de la posesión de estado y el nexo biológico en cuanto a los efectos filiatorios, originó un debate del que surgieron tres posturas. Méndez Costa las sintetiza del siguiente modo: “b.1. *La prueba del nexo biológico es indispensable.* Sustentan esta tesitura Díaz de Guijarro, Busso, Rébora, Llambías y antigua jurisprudencia de la Capital Federal; b.2. *La prueba del nexo biológico no es necesaria*, postura sostenida por Belluscio, Machado, Zannoni, Salas y algunas sentencias; b.3. *Tesis intermedia: la posesión de estado no prueba necesariamente el nexo biológico pero constituye un elemento de particular relevancia* en su demostración y, en ciertos casos, es suficiente para sentar la verdad de la filiación. Criterio postulado por Borda, Mazzinghi” (24).

El art. 584 del Cód. Civ. y Com. vigente adhiera a esta última postura, al establecer que “[l]a posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético”, propiciando una amplísima facultad de apreciación por el juez, quien valorará el conjunto de pruebas formando su íntima convicción. La trascendencia jurídica de la posesión de estado respecto del estado paterno filial se consagra en los casos en que se pretenda la adopción de un emancipado o de un mayor de edad y se trate del hijo del cónyuge o conviviente, si hubiera posesión de estado de hijo durante la menor edad, fehacientemente comprobada (art. 597, Cód. Civ. y Com.).

En otras situaciones de naturaleza familiar o cuasifamiliar (vínculos tutelares; adopción simple; uniones convivenciales), podría admitirse la existencia de múltiples “*status independientes de familia*” ya que esta es una entidad concreta, de dimensiones variables en cada caso, de acuerdo con las razones que aconsejan reconocerla, debiéndosela medir con diversidad de diámetros en cada uno de los círculos excéntricos

(24) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “La filiación”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986, p. 294.

cos descriptos por las leyes de cada país (Fanzolato).

### **V. Esbozo de los títulos de estado de familia a modo de cierre de los estados de familia. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas**

Son la prueba legal de los estados de familia. En consecuencia, se trata del medio contemplado en la ley para acreditar determinada situación familiar. Los estados de familia deben probarse solo a través de instrumentos públicos. Así lo imponen la ley 26.413 de 2008 y sus modificatorias (ley 27.611 de 2021); se establece que todos los actos o hechos que den origen alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas deberán inscribirse en los registros correspondientes de las provincias, de la Nación y de la CABA. Los arts. 31 a 37 son de lectura imprescindible. La inscripción en el registro cumple la función de publicidad del título en el aspecto formal (25). El art. 15 fija que, registrada una inscripción, ella no podrá ser modificada sino en virtud de resolución o disposición de autoridad competente. A su vez, el art. 36, inc. c), instituye que la inscripción del nacimiento deberá contener: el nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de dos [2] testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta. Sobre el tema de inexactitud y rectificación de los asientos registrales, hemos escrito en oportunidad de la sanción del Cód. Civ. y Com. y la Ley de Identidad de Género. Nos remitimos a dicho artículo (26).

El sistema registral argentino reposa en el ordenamiento jurídico vigente que establece la filiación binaria (art. 558, Cód. Civ. y Com.). Por

(25) ZANNONI, Eduardo, ob. cit., p. 357.

(26) GARCÍA DE SOLAVAGIONE, Alicia, "El estatuto de los vicios del consentimiento matrimonial y la contradicción con las leyes relativas a la identidad de género", en *Derecho moderno. Liber amicorum. Marcos M. Córdoba*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, t. 1, p. 325.

ello, toda pretendida reforma al emplazamiento filiatorio de una persona, tales como triple o múltiples filiaciones, deberá ir acompañada de la *correlativa modificación del pèteo sistema registral vigente*. En países continentales europeos es de destacar que —igual que en la Argentina— el sistema de identificación de personas es fuertemente respetado en su aplicación por parte de las autoridades de control. La seguridad jurídica y el tráfico comercial de países fuertes, con fenómenos migratorios fluidos, constantes, *imponen un modo severo de identificación de las personas*.

Aquí hallamos una diferencia con nuestro país hermano Brasil, cuyo modo de registrar a las personas es menos solemne, con alto componente notarial.

### **VI. Incorporación del modelo socioafectivo en las relaciones filiales y parentales en el derecho vigente**

En la Argentina fue abriéndose paso la institución que Varsi Rospigliosi y Chaves han calificado como "una moderna forma de redescubrir y entender a la posesión de estado constante del estado filial". Describen los autores la posibilidad de coexistencia de dos formas de paternidad, la biológica y la socioafectiva, entendiendo que "son institutos diversos que tutelan bienes distintos. Por lo que el derecho debe cumplir un rol pacificador haciendo constar en el registro la verdad socioafectiva, y sin temores, la biológica igualmente" (27).

Es así que encontramos normas en el ordenamiento jurídico vigente que contemplan la pauta socioafectiva, a saber:

1. El art. 597, párr. 2º, inc. b), refiere a la posibilidad de adoptar a un mayor de edad que tiene posesión de estado de hijo, cuestión ya vista.

2. El art. 604 aborda la adopción conjunta de personas divorciadas o una vez cesada la unión convivencial, cuando mantuvieren "estado de madre o padre" con una persona menor de

(27) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique - CHAVES, Marianna, "Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales. Del imperio del biologismo a la consagración del afecto", *Actualidad Jurídica* nro. 200, ps. 57-64.

edad. Aunque el juez deberá valorar la incidencia de esa ruptura, matrimonial o convivencial al ponderar el interés superior del niño.

3. El art. 605 habilita también a la adopción conjunta en caso de fallecimiento de alguno de los adultos guardadores, facultando al juez no solo a otorgar la adopción al sobreviviente sino a generar *vínculos jurídicos de filiación* con ambos integrantes de la pareja.

4. El art. 606 admite la adopción por parte del tutor a su pupilo una vez extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela.

5. Art. 621 admite la posibilidad de que el juez interviniente determine la tipología adoptiva conforme al interés superior del niño, con la peculiaridad de *mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple*. Ello no implica modificar el régimen legal de las sucesiones ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados para cada tipo de adopción.

6. Los arts. 630 y 631, en cuanto a los efectos de la adopción de integración, admiten la situación de hecho y el vínculo de afecto previo entre el cónyuge o conviviente del progenitor y el hijo de este.

7. De acuerdo con el art. 607, la declaración judicial de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o "referente afectivo" del niño ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este.

8. El art. 646, inc. e), sienta el deber de los progenitores a respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o *personas con las cuales tenga un vínculo afectivo*.

Así también los arts. 555 y 556 incluyen la socioafectividad, al disponer el derecho de comunicación de personas menores de edad, con capacidad restringida o enferma o imposibilitada. Al respecto, menciona la norma entre los legitimados a mantener comunicación con aquellos, a otros beneficiarios a *quienes justifi-*

*quen un interés afectivo legítimo*. Por lo tanto, la teoría socioafectiva ya está presente en el Cód. Civ. y Com.

## VII. Nuestra opinión

Abordando el tema ligado a la filiación, entendemos que la socioafectividad es *una mixtura, en parte, de la posesión de estado de familia, sumando un componente afectivo, sensible, amoroso, de difícil justificación jurídica*. Aun siendo compleja su explicación consideramos que vale el esfuerzo. No está vinculada a la consanguinidad, ni al parentesco y se inclina, más bien, a cuestiones complementarias al establecer quiénes están legitimados para la crianza infantil (cuidado personal del hijo, centro de vida, derecho de comunicación, etc.), mediante las figuras de "allegados" y "referentes afectivos" antes que a establecer emplazamientos familiares de ellas.

Es deseable que la desjuridización del derecho de familia, provocada por la incorporación de cuestiones socioafectivas y de la sensibilidad, no sea llevada a *extremos imposibles de resistir de acuerdo con las costumbres del país, al orden público familiar*. La tensión entre "lo social" y "lo jurídico", podría hacer tambalear el andamiaje basal de la familia argentina, provocando su rechazo, lo que no debe propiciarse ni exaltarse. Es interesante ver opiniones al respecto (28).

Es verdad que el afecto es un fenómeno sensible; pero no es solo un fenómeno sensible o sentimental, es también una operación de voluntad. Víctor García Hoz (29) distingue entre el amor sentimental y el amor voluntario, en razón de la discusión generada en España, al reinstaurarse el divorcio en el año 1981. El afecto como

(28) En este punto, en parte adherimos al criterio de Basset cuando sostiene que "[l]a desjuridización protege al que no se obliga y al fuerte, no protege nunca al débil ni al que padece la conducta en forma unilateral (...). Parte de la idea de que los que negocian son pares, y en el derecho de familia eso rara vez es cierto (...) por el sencillo hecho de que el que ama más estará dispuesto a ceder más, el que tiene menos chances de resiliencia aceptará condiciones menos convincentes o justas por desesperación" (BASSET, Ursula C., "Hacia un derecho de familia social", AR/DOC/491/2021).

(29) Editorial diario ABC de Madrid, septiembre de 1979.

operativo de la voluntad es la decisión de entregarse al bien de otras personas, reposando en la firmeza y constancia del que decidió servir a los demás. Estas condiciones no son cualidades que se otorguen sin más, sino cualidades que se alcanzan a través de la realización de actos pequeños, cotidianos, que van dejando su huella en el sujeto hasta constituir un hábito o un rasgo de su personalidad.

El amor como operativo de la voluntad debe aquilatarse y cultivarse en procesos filiatorios; está íntimamente vinculado a la lealtad y a la abnegación, al postergarse por el otro, por el más frágil. Es, más bien, una disposición personal del adulto, que va creciendo y fortaleciéndose con el tiempo, como manifestación de la libertad del hombre de ofrecer su estima. Ahora bien, una vez ofrecido ese afecto tiene *el deber* de encontrar en la *lealtad* a ese vínculo, su fortaleza y en el amor mismo: su recompensa, sin ventaja económica alguna. La afectividad referida a la filiación, importa indispensablemente el total desinterés en la obtención de beneficios lucrativos que el niño, niña o adolescente podría reportar al adulto de apego.

El maestro Rébora, al justificar la obligación alimentaria, adelantaba visionariamente la existencia de los "hechos de sensibilidad", al sostener: "De la obligación principal así instituida entre parientes podría decirse, en fin, que dentro de líneas que a los efectos de su reconocimiento serían esenciales, *está imbuida de todo lo que el propio vínculo nos ofrece como expresión calurosa y solidaria, variable y oportuna, mensurable y adaptable*. Y eso, porque es la *más humanizable y la más humanizada de las relaciones jurídicas*. Y eso, otra vez porque los sujetos entre quienes se actualiza no son sujetos abstractos, en los cuales el vínculo se establezca sin consideración a la vida que en ellos late. Y eso, de nuevo porque el deudor y el acreedor no se encontraron en la feria de extramuros, atraídos por achaques de dinero. La obligación de ayudarse y asistirse deriva de la sangre, aún en los casos en que parezca que el corazón la niegue. *La engendra el nacimiento; la sostiene, directa o indirectamente, la familia; la honran, hasta sin pensarlo los parientes; y solamente en trances de distanciamiento y de tensión, la declaran sumariamente los jueces. Cuando hayan de declararla, pues,*

*la llevarán más lejos o más cerca, la sostendrán más tiempo o menos tiempo, con la medida y la prudencia que han de acompañar, siempre, a los hechos de sensibilidad"* (30).

Aparece el factor afectivo con relevancia jurídica, ya en épocas democráticas. En el anteproyecto de reforma a la Ley de Matrimonio Civil de junio de 1987, el Dr. Horacio J. Sueldo presentó ante el Senado de la Nación, el art. 21 —que no fue finalmente incorporado al art. 198 del Cód. Civil— y establecía que "los esposos se deben entre sí *amor, fidelidad, respeto, colaboración y auxilio en sus necesidades"* (31).

En definitiva, *el amor como operativo de la voluntad es la materialización del deber de actuar en función de la solidaridad familiar*. Ahora bien, ¿cómo determinar si estamos frente a un actuar afectivo, abnegado, amoroso, de desprendimiento del propio ser y no en otra situación?

Cada caso concreto implica un desafío intelectual. Con respecto a las relaciones paterno filiales, creemos que la *afectividad favor filii* está íntimamente unida a la *convivencia con el niño, en razón de la imprescindible inmediatez que requiere su ejercicio; es el quehacer cotidiano traducido en actuaciones concretas más o menos complejas*. En esta línea han resuelto los tribunales españoles (32).

Citando a Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Ricardo Miguel Águeda Rodríguez expresa: "La custodia queda ligada fundamentalmente a la convivencia y, en consecuencia a las decisiones diarias sobre la salud, la educación y la disciplina y el orden común y diario de la vida, pasando a enumerar funciones de guarda y custodia (a las que denomina *'de perfil ligero'*), en contra-

(30) RÉBORA, Juan C., "Instituciones de la familia", Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1946, t. IV, p. 561.

(31) "Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación", anexo a la 2ª reunión, del 7 y 8 de mayo de 1987, p. 269. Asimismo, SPOTA ("Tratado de derecho civil. Derecho de familia", vol. 2, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1968, t. II, ps. 199, 200 y 203) relata la fallida incorporación al Cód. Civil francés de "el amor", como deber jurídico matrimonial.

(32) Sent. de la Audiencia Provincial de Valencia (secc. 10ª) del 15/01/2007, FD 2. JUR 2007, 235243.

posición a las comprendidas en la patria potestad: no obstante, aquellas decisiones o prácticas de perfil ligero, como la toma de un analgésico o la cura de un arañazo, la dedicación a las tareas colegiales, el horario a respetar, la higiene diaria, la elección de alimentos o del reposo, o la del vestido o calzado, el entrenamiento en la casa o fuera de ella. La asistencia a celebraciones o actos sociales, etc. se integran en las funciones que se trasladan a la custodia” (33).

La guarda y custodia atribuida a terceros, será extraordinaria y siempre que los progenitores se encontraran impedidos de ejercerla, tales como abuelos, madrinas/padrinos, amigos, personas allegadas, referentes afectivos del niño, pues nada prohíbe que los hijos puedan ser encomendados a otras personas, debiendo analizar el juez especializado caso por caso, con interpretación restrictiva en función del interés del niño. Así se resolvió en caso resuelto en Granada (34).

Se hallan disociados lo biológico, lo volitivo y lo social. Surge la multiparentalidad, basada en el vínculo afectivo como modo de “acoplar” los emplazamientos filiatorios y así aditar mayor cantidad de sujetos en la biografía del niño. Cada niño tendrá que soportar sobre sí el peso de decisiones de tres o más adultos, con multiplicidad de criterios, domicilios, hábitos, culturas, etc. Desconocen el interés superior del niño a su estabilidad en el estado de familia filial, priori-

(33) ÁGUEDA RODRÍGUEZ, Ricardo M., “La guarda compartida y el interés superior del menor. Supuestos de exclusión”, Ed. Hispalex, Sevilla, 2016, p. 19.

(34) Sent. AP de Granada (secc. 5ª) del 16/05/2014, FD 2., AC 2014, 1019. “Por tanto, la atribución de la guarda y custodia a una persona distinta de los padres ha de ser contemplada como una situación excepcional (en expresa dicción del art. 103 Cód. Civil citado) en la que tal separación es necesaria para el interés superior del niño como indica el art. 9 de la Convención, lo que a título ejemplificativo tal precepto refiere a supuestos de maltrato o descuido por parte de los padres. Tales criterios pueden ayudar a definir el criterio-guía de búsqueda del preponderante interés del menor (...). No se trata propiamente de comparar las posibilidades que al menor le pueden brindar su guarda por sus padres o por terceros (...) y en caso de que no sea así, analizar si otras posibles alternativas se lo brindan. De igual modo ha de recalarse que las decisiones han de alejarse de criterios retribucionistas de castigo o recompensa, pues lo fundamental es el bienestar del menor”.

zando la cantidad ilegítima de progenitores, en lugar de propugnar variabilidades legislativas con perspectivas infantiles.

En consecuencia, los hechos jurídicos derivados de la filiación han cambiado en las últimas épocas debido a la realidad social y los nuevos modelos familiares. Producto de la inclusión de las TRHA, la filiación se determina por una declaración de voluntad, existe una disociación entre la realidad biológica de la realidad jurídica. *Es imprescindible reordenar las clases de filiación, pues en la actualidad no hay un tratamiento coherente de determinadas cuestiones derivadas de las nuevas formas de familia y los avances de la medicina.*

El punto de partida es el factor biológico, pero pierde progresivamente importancia frente a los factores sociológicos y afectivos a medida que pasa el tiempo. Cuando nace un niño, el dato fundamental en su filiación es el biológico: quiénes son biológicamente su madre y madre, que son quienes están obligados a prestarle la atención y protección que necesita. Cuando ha pasado el tiempo y una o dos personas (que no son sus padres biológicos) han cumplido esos cometidos como si fueran sus padres —y se presentan como progenitores— aunque biológicamente no lo sean, entonces estamos en presencia de una filiación socioafectiva que, por así decir, compite con la biológica (35). No solo se trata de que hayan cuidado del niño como si fueran sus padres, sino de que hayan establecido vínculos afectivos semejantes a los paternos filiales.

En nuestro análisis sobre las filiaciones, la *cronología* es un factor decisivo. La filiación socio-afectiva se construye con base en un encadenamiento de proceder hacia el niño y se va a consolidar con el transcurso del tiempo. Este modo filiatorio es *mutable, intermitente, conforme la oscilación del afecto involucrado. En cambio, la filiación natural reposa en los asientos registrales que finalizan con el acta de nacimiento —título de estado— otorgando permanencia a ese estado de familia. Estabilidad y, además indisponibilidad.*

(35) MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., “La filiación, entre biología y derecho”, *Prudentia Iuris*, nro. 76, 2013, ps. 85-86.

Por eso se hace necesario delimitar los principios correspondientes a cada de las tres fuentes, a los efectos civiles y las consecuencias que le son propias: el principio de seguridad jurídica; el interés superior del niño; las cuestiones relativas al estado civil de las personas y al orden público del país.

En aquellos casos que se asientan sobre la verdad biológica deben regir los principios que le son aplicables (presunciones, acciones de impugnación, etc.). Respecto de los que se asientan en el consentimiento o voluntad procreacional, serán de aplicación las acciones basadas en los *vicios de la voluntad*. Y en casos de filiación adoptiva, las pautas que impone la institución basada en la sentencia judicial y en la voluntad de los adoptantes. Coincidimos con Paniza Fullana, quien determina: "Si se establece un sistema específico, como es el caso de la LTRHA (ley sobre técnicas de reproducción humana asistida), después no se puede acudir a las reglas del Cód. Civil para conseguir aquello que no se ha hecho por las reglas establecidas. Si se da más relevancia a la voluntad, como parece que tiene que ser el caso, adoptar las medidas necesarias para evitar que la determinación de una filiación dependa de rupturas matrimoniales o de pareja" (36).

Es decir, en cada vínculo filial natural, o vínculo por voluntad procreacional (TRHA y gestación por sustitución autorizada judicialmente), o vínculo por adopción, se observan efectos civiles *diferenciados*.

Si atendemos, por ejemplo, al estatuto del parentesco, la socioafectividad no puede generar estados de familia amplios, al carecer de fuerza expansiva según nuestro ordenamiento vigente. Si el "afecto" pasa a ser jurídicamente eficaz como fuente filiatoria, infelizmente retornará la categorización de hijos al "implantar" emplazamientos familiares múltiples. Aquí no interesa el "cuanto mayor, mejor". Existirán hijos con dos, tres y hasta cinco progenitores de fuente afectiva, lo que luce insostenible para el ordenamiento vigente, pero peor aún, para la crianza del niño.

(36) PANIZA FULLANA, Antonia, "Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación", Ed. Aranzadi, Navarra, 2017, 1ª ed., ps. 116-117.

Ello, sin perjuicio de una correcta y sustancial reforma legislativa *a fortiori*.

En fin, creemos que difícilmente un mismo principio general o una misma norma vigente pueda abordar diferentes modos de generación de niños y dar soluciones acordes a derecho. Más bien todo lo contrario.

### VII.1. Incidencia del elemento volitivo en materia filiatoria y la gestación por sustitución

Con diversas denominaciones tales como alquiler de vientre, maternidad subrogada, madres suplentes, donación temporaria de útero, madres portadoras, madres gestantes, madres de alquiler maternidad por encargo, recurriremos a la expresión gestación por sustitución por ser la más neutra y abarcativa. Nos referimos a la figura asentada en la socioafectividad de quien presta su cuerpo para engendrar un niño para otro u otros, y que viene cobrando fuerza no solo por vía jurisprudencial, sino también por la difusión en medios de comunicación de casos referidos al mundo artístico. Tienen en común con las técnicas de reproducción humana asistida, el involucrar la intervención de un tercero— madre sustituta o gestante— para concebir la concepción y nacimiento de un hijo. Así, da comienzo a la inclinación estratégica para atribuir triples o múltiples filiaciones, en supuestos de prácticas heterólogos.

Doctrinarios afines a este modo de contratar una mujer gestante de hijo ajeno, ponen el ojo en el interés de los colectivos LGBTQI+, sostienen: "La gestación por sustitución, única vía para que una pareja de dos hombres llegue a la copaternidad con el uso de las TRHA, tampoco se encuentra regulada, pese a su inclusión en el Anteproyecto originario, generando una situación de discriminación respecto de las parejas de dos hombres, no habida en el caso de las mujeres" (37).

Gil Domínguez expresa que "[l]a sanción de la ley 26.618, implica asumir la no discriminación por motivo de la orientación sexual de las personas como una norma esencial del ordenamiento

(37) DE LA TORRE, Natalia, "La triple filiación desde la perspectiva civil", RDPyC 2016-I, "Derecho de familia. Relaciones entre padres e hijos", RC D 1305/2017.

jurídico argentino, de forma tal, que garantiza la igualdad de derechos entre heterosexuales, homosexuales, lesbianas, trans a partir del respeto a la sexualidad elegida y ejercida en todos los ámbitos e instituciones. Por ende, todas las personas tienen derecho a concebir un hijo/a conforme a la situación que su orientación sexual determine, de lo contrario el avance progresivo y *pro homine* de la Ley de Matrimonio igualitario se vería burlado por la imposición de posturas que fueran superadas argumentalmente en el debate de la ley. La única forma que tiene una pareja gay de concebir un hijo/a es mediante la maternidad subrogada como genuina forma de expresión de voluntad procreacional y del amor filial” (38).

Otras voces en idéntico sentido sostienen: “Específicamente en materia de gestación por sustitución, la cual actualmente no está regulada pero tampoco es prohibida por nuestro sistema jurídico, los conflictos son resueltos jurisprudencialmente recurriendo como un argumento troncal a la socioafectividad. Ello toda vez que aplicar a estos supuestos las reglas de la filiación biológica implica la vulneración de principios rectores del derecho de las familias como la libertad, la autonomía, la identidad dinámica y el interés superior del niñx sobre la base del reconocimiento socioafectivo. Es decir, que, desconocer la voluntad procreacional de lxs comitentes y negarles, por un lado el vínculo filial deseado, a la par de imponer forzosamente una filiación no querida a la persona gestante, por el otro, implica desconocer los referidos principios y derechos constitucionales convencionales, *negando* el impacto social del *deseo* y el afecto en el derecho (...). Las T. R.H.A. provocan profundos desafíos (...) a la posibilidad de reconocimientos de conformaciones pluriparentales. En definitiva, la innegable progresividad social nos lleva a interpelar la idea de la concepción legal biparental como la única alternativa jurídicamente posible. En ese sentido, se pueden observar en nuestro derecho *interesantes fallos de triple filiación que han involucrado, incluso a las tres fuentes filiales*. Ello en tanto se observa una apertura del derecho a la *desbiologización* de los

(38) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Comaternidad y copaternidad igualitaria”, LA LEY, 2012-B, 1251, AR/DOC/924/2012.

cuidados parentales, al mismo tiempo que una revalorización de la identidad dinámica” (39).

Cabe aquí plantear una personal inquietud. Ciertos fallos jurisprudenciales que admitieron la triple parentalidad, *en sus considerandos recurren a fundamentos, locuciones y vocablos exactamente iguales, notas bibliográficas y citas doctrinarias repetidas y análogas*. ¿Mera casualidad, grupos de presión (*lobby*) con la misma pluma, o imposición ideológica?

El pacto de maternidad subrogada reconoce dos etapas en las cuales la mujer que gesta y alumbró al hijo posee un papel activo; en una primera etapa, la gestante es inseminada o recibe el embrión fecundado para llevarlo a término y, en la segunda etapa, la gestante entrega al hijo nacido a los comitentes traspasándoles todos los derechos y obligaciones de la responsabilidad parental (40).

En las XXV Jornadas de Derecho Civil, llevadas a cabo en Bahía Blanca en el año 2015, la Comisión de Familia, cuyo eje temático fue la identidad y la filiación, se refirió a esta técnica. Por unanimidad, consideró que, si bien la figura no estaba regulada en el ordenamiento jurídico argentino, estaba permitida (41). Reivindico el valor de aquellos juristas que participaron del evento, aportando sus voces disidentes a lo que fuera un final “estratégicamente” preconcebido por las autoridades de mesa de dicha comisión.

Sobre esta presunta fuente filiatoria, no incluida en el Cód. Civ. y Com. hasta la actualidad, ya hemos expresado nuestro criterio en contra, con fundamento en lo expresado por el Comité de Bioética de España: “*Negar que la maternidad subrogada está hoy asociada a la explotación de la mujer es negar la realidad. No se puede negar que la mujer queda convertida, durante los nueve meses de embarazo, en instrumento al*

(39) SALITURI AMEZCUA, Martina - VIDETTA, Carolina A., ob. cit.

(40) ALES URÍA ACEVEDO, Ma. de las Mercedes, “Maternidad subrogada: vulnerabilidad legal y social. Situación actual en Argentina. La mirada en el espacio europeo”, en BASSET, Ursula, *Tratado de la vulnerabilidad*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., p. 1156.

(41) <http://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>.

*servicio de otras personas. El consentimiento y la ausencia de retribución no modifican esa realidad. El deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas" (42).* Más bien se podría sostener que, si de negocios se trata, bien vale manipular células, fluidos, material genético y así crear una persona (art. 19, CN) "a la carta" y recurriendo a la explotación de mujeres gestantes.

La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, en un informe del año 2015, alertaba sobre las graves amenazas que se cernían sobre los derechos humanos, incluidos los del niño, en relación con los acuerdos de gestación subrogada internacional. Es de destacar que, tanto en las sentencias locales como en las del TEDH, se han presentado ante los tribunales supuestos *post facto* o hechos consumados: niños ya concebidos y nacidos en situación potencial o actual de total vulnerabilidad jurídica (ausencia de madre dispuesta a asumir la responsabilidad parental, problemas de nacionalidad, etc.).

Respecto de la Unión Europea, hubo una expresión sobre la maternidad subrogada en 2015 en su Informe Anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo.

En él establece la condena a la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima. Estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de mujeres vulnerables en los países en desarrollo.

Sigo creyendo, con Montesquieu, *que un pueblo defiende con más empeño sus costumbres que sus leyes, refiriéndose a que el Derecho debe ser norma destinada a regular conductas y que el peor de los males que padece el mundo no es*

(42) GARCÍA DE SOLAVAGIONE, Alicia, "Distinción entre el embuste del 'debate' y la anomia de operadores jurídicos y científicos", *Diario Comercio y Justicia*, Córdoba, Argentina, del 03/07/2017. <http://comercioyjusticia.info/?s=Garcia+de+Solavagione&submit=>.

*la fuerza de los malos, sino la debilidad de los mejores. ¿La sociedad avala estas prácticas y su costosa cobertura —por obras sociales debilitadas— que colocan a la mujer gestante en un rol de mera portadora, cosificándola al llevar el hijo de otros, cuando precisamente ha logrado empoderarse mediante la perspectiva de género? ¿Resistirá el test de constitucionalidad? ¿El sistema pétreo de las inscripciones registrales (ley 26.413 y ccds.) de los nacimientos, con múltiples progenitores, correría peligro de implosionar?*

Con acierto, Flores (43) encuentra ciertas inconsistencias respecto del alcance de la figura del *progenitor*, toda vez que "Regularmente se ajustaba a la existencia del vínculo jurídico filiatorio, entre el progenitor y el hijo, sujeto a la causa fuente del emplazamiento". Llega a sostener la existencia de "categorías de progenitores", acertada hipótesis que desarrolla con ortodoxa profundidad (44).

Para el jurista citado, esta suerte de *progenitor por accesión*, mal llamado progenitor afín, *sin vínculo con el de fuente y sostenido por el vínculo jurídico de convivencia*: "Abre el juego para los supuestos de guarda y delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a cargo de un pariente (arts. 611 y 643, Cód. Civ. y Com.) y, por

(43) FLORES, Martín A., "La socioafectividad. Enfoque en Brasil y Argentina", Jornada Académica, organizada por la Secretaría de Posgrado. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y la Comisión Argentina de la Asociación de Derecho de Familia y de las Sucesiones (ADFAS), Córdoba, 22/06/2022.

(44) Sostiene el autor: "Una primera categoría de progenitor a la que denominaremos 'progenitor de fuente' es aquel emplazado en el estado de familia primario de progenitor, constituyendo un vínculo jurídico filial con el hijo conforme las fuentes reconocidas por la regla del art. 558 del Cód. Civ. y Com. Otra categoría denominada 'progenitores' en razón de la pauta jurídica de la socioafectividad: el progenitor 'técnicamente' afín, sin emplazamiento y que precisa necesariamente el previo vínculo conyugal con el progenitor de fuente. Al sostenerse sobre el matrimonio y el parentesco por afinidad obtiene de ellas el carácter de permanencia, siendo un genitor por imperio de la ley, sin necesidad de la presencia de una relación afectiva con el hijo del cónyuge. Finalmente, encontramos el '*progenitor por accesión*', sin vínculo jurídico con el progenitor de fuente, conforme establece la regla N° 672 del Cód. Civ. y Com., es el progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente".

consecuencia por imperio de la ley, se le atribuye deberes y derechos al cónyuge o conviviente del pariente, no progenitor de fuente, que posee el cuidado personal (...) por vía jurisprudencial surge una novedosa categoría que reposaría exclusivamente sobre la relación afectiva del hijo con un tercero denominado referente afectivo”.

La figura del progenitor afín no surge del parentesco, ni del matrimonio ni aun de la unión convivencial, y cuando los jueces especializados resuelven casos reales que involucran a terceros allegados al niño como referentes afectivos, justifican su decisión recurriendo a la filiación adoptiva (45). Las piruetas jurídicas comienzan cuando aparece un tercer (podrían ser más) individuos con la intención no solo de “ahijar” a un niño, emplazados en el estado filiatorio de progenitores. Declaran la inconstitucionalidad de la regla de oro del 558 del Cód. Civ. y Com. entre otras.

En orden a la gestación por sustitución, existen varios proyectos de ley en el parlamento argentino, algunos presentados con seriedad en el tratamiento del delicado tema (46). De recono-

(45) TAMAYO HAYA, Silvia, "Hacia un modelo de filiación basada en la voluntad en las sociedades contemporáneas", Cantabria, España, 2013. Sostiene la profesora: "Tal carencia normativa ha llevado a admitir con carácter general el recurso a la *adopción* cuyo régimen ha sido objeto de modificaciones con el fin de tutelar la posición del padre no custodio. *No parece, sin embargo, una solución idónea*". Cita en: <https://repositorio.unican.es/xmlui/handle/10902/19350>.

(46) En lo personal, llamó mi atención el presentado por el Senador Nacional Julio César Cobos (S-825/1), favorable al procedimiento de la gestación por sustitución, mediante un Acuerdo de Gestación por Sustitución debiendo ser autorizado judicialmente. En los fundamentos considera: "Conforme a los incipientes fallos que comenzamos a tener en el país a través de los cuales se reconoce la práctica de la Gestación por Sustitución y se resuelven con el reconocimiento del vínculo filiatorio del recién nacido con los comitentes, vemos cómo el tema de esta técnica va *quedando sujeto a la discrecionalidad judicial*, cobrando especial relevancia el interés superior del niño y el derecho a la identidad como argumentos de peso fundamentales a la hora de abrogar por la regulación del procedimiento (...) Rusia, Ucrania, Grecia, Georgia y Reino Unido aceptan la gestación subrogada como una técnica más de reproducción asistida y disponen de regulación para su aplicación de forma legal. Chipre, República Checa e Irlanda aprovechan el vacío legal para aplicar la técnica. En Chile se vivencia de igual manera

cer este modo peculiar de filiación, es probable la posible existencia de pluralidad de filiaciones. Los que deberán ser motivo de arduos debates pues las posturas son diametralmente opuestas, so riesgo de descontrol social en un país pobre.

En España, la sentencia del STS del 6/2 de 2014 (RJ 2014,833) (47), con voto suscrito por los magistrados José Antonio Seijas Quintana, José Ramón Ferrándiz Gabriel; Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papiol, en un caso de gestación por sustitución contratada en el extranjero por un matrimonio de dos varones, se resuelve que “[s]e reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no sólo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural. Pero junto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida *vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño*, mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de *‘ciudadanía censitaria’* (48), en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población (...). *La desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluyen en principio la existencia de un trato discriminatorio por el hecho de que la con-*

que en Argentina donde no es ilegal pero carece de regulación específica”.

(47) RJ 2014, 833, sent. del 06/02/2014, nro. 835/2013, RC 245/2012 contra Dirección General de los Registros y del Notariado, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Ponente: Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

(48) Concepto de "ciudadanía censitaria" - "sufragio censitario": Modalidad de sufragio restringido a parte de la población que cuenta con ciertas características y que le permite estar inscrita en un censo electoral. Especie de voto calificado de un sistema electoral, *restringido a ciudadanos poderosos económicamente, instruidos y con pertenencia a determinado grupo social elevado*. Diccionario de la RAE.

*secuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente*".

### VII.2. La figura del allegado y el interés superior del niño

El sistema familiar actual incorpora al núcleo de cuidado en la familia de origen a las figuras del "allegado" (art. 59, Cód. Civ. y Com.) o "referente afectivo" (art. 607, Cód. Civ. y Com.). Consideramos al allegado como aquel que asume una afectuosa función en el desarrollo de la vida y personalidad del niño, entendemos que no provoca un determinado emplazamiento filiatorio *per se*, sin perjuicio que solicite judicialmente, además, la guarda del niño. Si los niños tienen relaciones familiares de facto con terceros amorosos que están a cargo de su crianza y custodia, la solución que haya de buscarse, tanto por los jueces como por otras autoridades administrativas especializadas, que intervengan en casos concretos partirá de este dato —afecto— a fin de proteger este vínculo y permitir la integración real de los niños en esa familia.

Kemelmajer (49) advierte cómo aparecen estas palabras: indican la persona que, como dice el diccionario de la RAE "es la que está cercana o próxima a otra en amistad, trato o confianza, no solo en parentesco". Estas locuciones surgen expresadas en la ley 26.061 y el dec. regl. 415/2006, y son por lo general utilizadas con ambigüedad. Entendemos que el legislador actual debería esmerarse para intentar dar mayor certidumbre a sus creaciones parlamentarias en materia paterno filial, a fin de evitar la extrema discrecionalidad y arbitrariedad de ignaros operadores jurídicos.

### VIII. El precedente brasileño sobre la socioafectividad

Recientemente, en oportunidad de disertar sobre la socioafectividad, la prestigiosa jurista brasileña Tavares da Silva (50) ilustró los clausuros universitarios sobre el tema en Brasil.

(49) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "El lenguaje en el Código Civil y Comercial argentino", LA LEY del 09/10/2019, 1, LA LEY, 2019-E, 970, AR/DOC/3122/2019.

(50) TAVARES DA SILVA, Regina B., "Ciclo de clases magistrales", declaradas de interés interinstitucional por acord. 684 A del ST Córdoba. Una de dichas clases

Expresó que la socioafectividad tiene el apoyo en el orden legal y jurisprudencial en Brasil. En el Cód. Civil brasileño aprobado en 2002, en su art. 1593, estableció que el parentesco, además del biológico (por consanguinidad), civil (por adopción) y la afinidad (resultante del matrimonio o de la unión estable), también puede resultar de otro origen (51). Al disponer que el parentesco pueda tener otro origen, se regula expresamente el parentesco mediante reproducción humana asistida (Cód. Civ., art. 1597, V) y abrió la puerta al parentesco socioafectivo (52). En 2009 se modificó la Ley de Registros Públicos para autorizar la adición del apellido del padrastro, pero sin que este acto tenga los efectos asistenciales y sucesorios (ley 6015/1973, art. 57, § 8) (53). Así es que la socioafectividad fue interpretada por la jurisprudencia como generadora de efectos jurídicos familiares y sucesorios y también fue interpretada por las declaraciones o enunciados de las Jornadas de Derecho Civil (54).

se llevó a cabo sobre el tema: "La socioafectividad. Enfoque en Brasil y Argentina", en el Salón "Vélez Sarsfield" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, el 22/06/2022.

(51) Cód. Civ. brasileño, art. 1593: "El parentesco es natural o civil, ya que resulta de consanguinidad u otro origen".

(52) Cód. Civ. brasileño, art. 1597: "Se presume que los hijos son concebidos en la constancia del matrimonio: (...) V - hay por un heterólogo inseminación artificial, siempre que ella tenga autorización previa de su esposo".

(53) Ley 6015/1973, art. 57, § 8. El hijastro o hijastra, si existe una razón significativa y en la forma de los §§ 2 y 7 de este artículo, podrá solicitar al juez competente que, en el acta de nacimiento, se haga constar el apellido de su padrastro o madrastra, siempre que exista acuerdo expreso de estos, sin perjuicio de sus apellidos familiares (incluido en la ley 11.924 de 2009).

(54) Declaración 103/2002: El Cód. Civil, reconoce, en el art. 1593 otras especies de parentesco civil además de la resultante de la adopción, acogiendo así con satisfacción la noción de que también existe parentesco civil en el vínculo parental derivado de técnicas heterólogas de reproducción asistida en relación con el padre (o la madre) que no contribuyeron a su material de fertilidad, o la paternidad socioafectivo fundada en la posesión del estado de un hijo.

Declaración 256/2004, art. 1593: la posesión del estado de crianza (socioafectividad infantil) constituye una modalidad de parentesco civil.

Esa socioafectividad generadora de efectos de asistencia y sucesión surgió en Brasil especialmente de las siguientes situaciones: un hombre apasionado registra al hijo de su amada como propio, ocultando al padre biológico el nacimiento de este niño o ante la negativa del ascendiente consanguíneo a realizar el registro de la filiación, y, más tarde, el niño conoce la verdad y busca obtener el registro de su verdadera paternidad; o el propio hombre que registró al niño, quiere excluirlo al separarse de la madre de ese niño, con la anulación del registro, o el padre biológico descubre la verdad o se arrepiente de tener negado el reconocimiento y quiere el registro del niño en su nombre. Esos modos de registro, que distorsionan la verdad biológica, llegan a llamarse “adopción a la brasileña”.

Se han iniciado muchas demandas sobre esta forma irregular de adopción, pues el registro del hijo de otra persona como propio, es un delito previsto en la orden penal —art. 242, Cód. Penal (55)—.

Así, los requisitos de la paternidad socioafectiva se formaron a través de la jurisprudencia: 1) *tractatus*: el hombre debe tratar al niño socioafectivo como si fuera su descendiente biológico; 2) *reputatio*: la sociedad debe reconocer que la relación entre ellos es la paternidad; 3) sin vicio de consentimiento del solicitante de registro: el hombre que registra a otro niño como propio debe tener el conocimiento de que

Declaración 339/2006: La paternidad socioafectiva, basada en el libre albedrío, no puede romperse en detrimento del interés superior del niño.

Declaración 341/2006: A los efectos del art. 1696, la relación socioafectiva puede ser un elemento generador de obligación alimentaria.

Declaración 519/2011, art. 1593: Reconocimiento judicial del vínculo de parentesco debido a socioafectividad debe producirse a partir de la relación entre padre(s) e hijo(s), basada en la propiedad del estado del niño para producir efectos personales y patrimoniales.

Declaración 520/2011, art. 1601: El conocimiento de la ausencia de vínculo biológico y la posesión del estado de un niño dificultan la impugnación de la presunta paternidad.

(55) Cód. Penal, art. 242: Registrar como suyo el hijo de otro; ocultar al recién nacido o sustituirlo, suprimiendo o alterando el derecho inherente al estado civil: Pena - prisión, de dos a seis años. Párrafo único - Si el delito se comete por razones de nobleza reconocida: Pena - detención, de uno a dos años.

este niño es de otro hombre, no puede ser engañado por la madre del niño (56).

(56) Acción negadora de paternidad. Mérito. Declarante bajo el presunto *pater is est*, engañado. Verificación. La relación de afecto establecida entre padre e hijo se registra con base en la adicción del consentimiento original. Ruptura definitiva. Afiliación socioafectiva. Sin configuración. 3. Llamamiento especial presentado (STJ, Resp. 1.330.404-RS, 3ª Clase, Rel. Min. Marco Aurelio Bellizze, j. 05/02/2015). La llamada “adopción a la brasileña”, aunque es conveniente al margen del orden nacional, cuando se hace una fuente de vínculo socioafectivo entre el padre de registro y el niño registrado, no encarna un negocio legal vulgar sujeto a distracción por mera liberalidad, ni acepta la condición resolutive consistente al final de la relación con el padre. 2. De conformidad con los principios del Cód. Civil de 2002 y la Constitución Federal de 1988, el éxito de una acción de denegación de paternidad depende de la demostración, al mismo tiempo, de la ausencia de origen biológico y también que el estado de filiación no ha sido constituido, fuertemente marcado por relaciones socioafectivas y construido en la vida familiar. Vale la pena decir que la afirmación dirigida a desafiar la paternidad no puede prosperar cuando se basa solo en el origen genético, sino en abierto conflicto con la paternidad socioafectiva. 3. En el caso, quedó claro que el autor reconoció voluntariamente la paternidad del acusado, aun sabiendo que no se trataba de su hijo biológico, y este reconocimiento estableció un vínculo afectivo que solo cesó con el fin de la relación con el genitor del niño reconocido. De todo lo que figura en las decisiones antes citadas, debe ser asumible que el autor, imbuido de un propósito manifiestamente noble en el origen, en el momento del acta de nacimiento, tiene la intención de negarlo ahora, por razones solamente materiales declaradas (...). 5. El mantenimiento de la historia de nacimiento no priva al niño del derecho a buscar su identidad biológica y a tener, en sus sedes civiles, el nombre del verdadero padre. Siempre es posible deshacer la adopción a la brasileña incluso en casos de vínculo socioafectivo, si así lo decide el menor en el momento de la edad adulta; así como no decae su derecho a buscar la identidad biológica, en cualquier caso, incluso en caso de adopción regular (STJ, Resp. 1352529/SP Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 24/02/2015). Registro civil del hijo con el conocimiento de que no había ningún vínculo biológico. Acto voluntario y consciente. Registro inmodificable. Ausencia de error o adicción al consentimiento. Registro inmodificable ante la configuración de una relación socioafectiva filial paterna. Pública, cariñosa y afectuosa convivencia, duradera durante un largo período (...). 6. El conocimiento previo e inequívoco sobre la falta de vinculación biológica entre el padre y el hijo impide la posterior modificación del registro civil del menor, por tratarse de un acto realizado de forma voluntaria, libre y consciente, sin ningún tipo de error o vicio de consentimiento capaz de empañar la declaración de voluntad manifestada inicialmente (...). 9. Recurso especial conocido y parcialmente previsto (STJ, Resp. 1.698.716-GO, 3ª Clase, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 11/09/2018).

La jurisprudencia debió decidir sobre la prevalencia de una u otra paternidad, biológica o socioafectiva (...), tanto que el tema nro. 622 se formó en la Corte Suprema así: “Prevalencia de la paternidad socioafectiva en detrimento de la paternidad biológica” (aquí limitamos la cita jurisprudencial de Tavares da Silva, en honor a la brevedad).

Se esperaba que la Corte Suprema definiera qué paternidad debía prevalecer, la biológica o la socioafectiva, pero esta Corte amplió el tema y en RE 898.060/SC, con repercusión general, bajo la relatoría del ministro Luiz Fux, afirmó la siguiente tesis de repercusión general, el 21/09/2016: “*La paternidad socioafectiva, declarada o no registrada, no impide el reconocimiento del vínculo de afiliación basado en el origen biológico, con los efectos jurídicos propios*” (57).

Así, lo que antes se entendía por la prevalencia de una u otra paternidad se convirtió en multiparentalidad.

Pero la seguridad dada por el Superior Tribunal de Justicia en el análisis del caso concreto llevó a rechazar la doble paternidad, aún después de la mencionada tesis de repercusión general del Supremo Tribunal Federal, como se vio en el juicio del recurso especial 1.647.849, relatoría

---

(57) Repercusión general reconocida. Derecho Civil y Constitucional. Conflicto entre paternidades socioafectivas y biológicas. Paradigma matrimonial. Superación de la Constitución de 1988. Eje central del derecho de familia: desplazamiento al plano constitucional. Sobre el principio de la dignidad humana (art. 1, III, crfb). Superar los obstáculos legales para el pleno desarrollo de las familias. Derecho a la búsqueda de la felicidad. Principio constitucional implícito. El individuo como centro del sistema jurídico-político. Imposibilidad de reducir las realidades familiares a modelos prediseñados. Atipicidad constitucional del concepto de entidades familiares. Unión estable (art. 226, § 3, CRFB) y familia monoparental (art. 226, § 4, CRFB). Sellado de la discriminación y jerarquización entre especies de afiliación (art. 227, § 6, CRFB). Crianza presuntosa, biológica o afectiva. Necesidad de una amplia protección jurídica. Multiplicidad de vínculos parentales. Reconocimiento concomitante. Posibilidad. Crianza múltiple. Principio de paternidad responsable (art. 226, § 7, CRFB). Recurso de casación en el que se desestima la disposición. Fijación de tesis para su aplicación a casos similares (STF, pleno, RE 898.060/SC, Rel. Min. Luis Fux, j. 21/09/2016).

del ministro Marco Aurelio Belizze (58). Así, el reconocimiento de la pluriparentalidad o multiparentalidad depende del caso y no tiene una aplicación general, conviene evaluar en cada caso el interés superior del niño o del adolescente (59).

Aun con la redacción de la Tesis de Repercusión General de la Corte Suprema que se refiere expresamente a la adopción a la brasileña, en la situación en que un niño es criado como un hijo, con o sin el registro como tal, como el caso de *hijo de creación*, esa tesis fue considerada como una apertura a otras especies de multiparentalidad, incluso en casos de padrastros o madrastras, que no asumen la afiliación del hijastro, y ahora del tal “trisal” queriendo registrar al hijo como teniendo dos madres y un padre (60).

---

(58) Característica especial. Acción de investigación de paternidad con la rectificación del registro de nacimientos. Hijo de relación extramatrimonial. Conflicto entre paternidad socioafectiva y biológica. Multiplicidad de vínculos parentales. Reconocimiento concomitante. Posibilidad al atender al interés superior del niño. Aplicación de la proporción *essendi* el precedente de la Corte Suprema juzgado con repercusión general. Solapamiento del interés de la madre en el del menor. Recurso desprovisto. 4. Apreciando el tema y reconociendo la repercusión general, el pleno de la Corte Suprema, en el fallo del RE n. 898.060/SC, relator ministro Luiz Fux, publicada en DJe de 24/08/2017, estableció la siguiente tesis: “la paternidad socioafectiva, declarada o no en registro público, no impide el reconocimiento del vínculo de afiliación concomitante basado en el origen biológico, con todas sus consecuencias patrimoniales y fuera de balance”. 5. El reconocimiento de los vínculos concomitantes de la filiación es una serie de casos, y no una norma, porque, como bien señaló el Tribunal Supremo en dicha sentencia, se debe observar el principio de paternidad responsable y sobresalir en la búsqueda del interés superior del menor, especialmente en un proceso en el que se discute el derecho al establecimiento de la verdad biológica y, por otro, el derecho a mantener los vínculos que se establecieron, a diario, a partir de una relación de cuidado y afecto, representada por la posesión del estado de menor (STJ, Resp 1.674.849-EC, 3ª Clase, Rel. Min. Punto de referencia Aurelio Bellizze, j. 17/04/2018).

(59) TAVARES DA SILVA, Regina B., disponible en <https://adfas.org.br/reconhecimento-de-multiparentalidade-esta-condicionado-ao-interesse-da-crianca>, consultado el 06/06/2022.

(60) Disponible en Trisal. No se podrá hacer registro de bebé con el nombre de los tres padres en notaría y apelará al | Valle de Paraíba y | G1 (globo.com). Consultado el 13/06/2022.

La facilitación de la inscripción por parte de las parejas homosexuales, sin el regular procedimiento de adopción, a través del procedimiento judicial propio del Estatuto da Criança e do Adolescente (ley 8069/1990), pero podrían tener su doble inscripción directamente en el Registro Civil, fue alojada por el *Conselho Nacional de Justiça* (CNJ), que editó el *provimento* 63/2017 para posibilitar la inscripción de la relación socioafectiva directamente en el Registro de Registro Civil. En su art. 10, esta disposición establecía que el reconocimiento voluntario de la paternidad o maternidad socioafectiva de las personas de cualquier edad será autorizado ante los funcionarios del registro civil de las personas naturales.

La disposición se dio especialmente al registro de hijos de parejas homosexuales, cuando el hijo es biológico de una de las mujeres, no tiene el registro del padre biológico y la otra pareja también quiere asumir la maternidad, como se ve en sus “consideraciones iniciales”. Así, decía en su art. 14 que “[e]l reconocimiento de la paternidad o maternidad socioafectiva solo podrá realizarse de forma unilateral y no implicará la inscripción de más de dos padres y dos madres en el ámbito del registro de nacimiento” (61).

*Comenzaron a malinterpretar la norma, en el sentido de que podía usarse para múltiples registros de un niño en cualquier hipótesis*, incluso en situaciones como la de una pareja que tuviera un hijo y cada uno se volviera a casar, o comenzara una unión convivencial; entonces, el padre, el padrastro, la madre y la madrastra, en un día de muchas celebraciones, decidiesen ir a la oficina de registro civil e inscribir al hijo de la primera pareja como teniendo otro padre (el padrastro) y otra madre (la madrastra). Un desastre, porque esta paternidad múltiple de dos padres y dos madres sería irrevocable, según el párr. 1º del art. 10 *supra* citado, y el niño, siendo menor de 12 años, ni siquiera necesitaría autorizar el registro, de acuerdo con esa disposición. Si las nuevas parejas estuvieran separadas, todos podrían disputar la custodia de ese niño y todos también estarían obligados a pagarle la manutención. Asimismo, ante el fallecimiento del padrastro y madrastra, el hijo también ten-

dría derechos sucesorios y lo recíproco sería cierto. Imaginen que este hijo murió y previamente había heredado una fortuna de su padre biológico, su expadrastro y exmadrastra competirían (concurrirían) con su madre biológica en su herencia. Todo ello contrario a la organización de las relaciones familiares y sucesorias. Al fin y al cabo, existe un vínculo de parentesco por afinidad en la relación entre padrastro o madrastra e hijastro tanto en las relaciones matrimoniales como en las de unión estable —Cód. Civil, art. 1521, II y 1595 (62)—, pero este vínculo solo genera impedimento matrimonial, no genera efectos jurídicos relacionados con el deber de asistencia (pensión) y también sucesiones.

El corregidor nacional de Justicia, ministro João Otávio de Noronha, miembro del Consejo Nacional de Justicia, *aseguró que esa no era la intención de dicha disposición, ya que corresponde al Poder Judicial declarar la multiparentalidad, a través de la demostración de protección de los intereses del niño y después de una extensa producción de pruebas, con seguridad jurídica en las relaciones familiares y en otras ramas del derecho brasileño* (63).

El CNJ, el 14/08/2019, emitió otras normas en el *provimento* 83/2019, cambiando el art. 10 de la antigua disposición (63/2017), con la exigencia de la edad mínima de 12 años del niño (64). Los cambios permitieron la inclusión de un único ascendiente socioafectivo por la vía registral o administrativa y la inclusión de más de un ascendiente socioafectivo debe tramitarse por la vía judicial, con la aportación de pruebas sobre la preservación de los intereses del niño: art. 14, § 1º - Solo se permite la inclusión de un ascendiente socioafectivo, ya sea por el lado paterno o materno. § 2º - La inclusión de

(62) Cód. Civil brasileño, art. 1521. No pueden casarse: II - el recto similar; art. 1595. Cada cónyuge o pareja está aliado a los parientes del otro por el vínculo de afinidad.

(63) TAVARES DA SILVA, Regina B., <https://adfas.org.br/o-cnj-proibiu-a-multiparentalidade-em-cartorio-de-registro-civil/>, consultado el 06/06/2022.

(64) Art. 10: el reconocimiento voluntario de la paternidad o maternidad socioafectiva de los mayores de 12 años será autorizado ante los funcionarios del registro civil de personas físicas.

(61) Disponible en <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>, consultado el 11/06/2022.

*más de un ascendiente socioafectivo deberá tramitarse por vía judicial.*

La nueva disposición de la CNJ reforzó la necesidad de evidencia ante la Oficina del Registro Civil de la relación social afectiva (art. 10-A) **(65)** y exigió la opinión del Ministerio Público (Fiscal) (art. 11, § 9) **(66)**.

La edad mínima del menor para que pueda existir la constancia de socioafectividad directamente en el Registro civil es de *12 años*, siendo obligatorio su consentimiento [arts. 10, caput y 11, §4° **(67)**], lo cual debe ser coherente con la relación socioafectiva, construida en el transcurso de años de afecto reconocidos por la sociedad.

Por lo tanto, se demuestra que la socioafectividad es una realidad jurídica brasileña. Sin

---

(65) Art. 1; el *provimento* 63 de 14 de noviembre de 2017 entra en vigor con las siguientes modificaciones: art. 10. El reconocimiento voluntario de la paternidad o maternidad socioafectiva de las personas mayores de 12 años se autorizará ante los funcionarios del registro civil de personas físicas. Art. 10, A.- *Paternidad o maternidad socioafectiva a través de la verificación objetiva de elementos concretos.* § 1° - *El registrador dará fe de la existencia del vínculo afectivo de paternidad o maternidad socioafectiva a través de la verificación objetiva con la verificación de elementos concretos.* § 2° - *El solicitante deberá demostrar el afecto por todos los medios en la ley admitidos, así como por documentos tales como: nombramiento escolar como responsable o representante del estudiante; la inscripción del presunto niño en el seguro médico o en un organismo de asistencia social; registro oficial de vivir en la misma unidad de hogar; enlace de conyugalidad —matrimonio o unión estable— con ascendiente biológico; registro como dependiente del solicitante en entidades asociativas; fotografías en celebraciones relevantes; declaración de testigos con una firma notariada.* § 3° - La ausencia de estos documentos no impide la inscripción, siempre que se justifique la imposibilidad, sin embargo, el registrador debe certificar cómo se ha establecido el vínculo socioafectivo. § 4° - Los documentos recogidos en el cálculo del vínculo socioafectivo deben ser presentados por el registrador (originales o copias) junto con la solicitud.

(66) Art. 11, § 9: Transcurridos los requisitos para el reconocimiento de la paternidad o maternidad socioafectiva, el registrador remitirá el expediente al representante del Ministerio Fiscal para su dictamen.

(67) Art. 11, § 4°: Si el menor es menor de 18 años, el reconocimiento de la paternidad o maternidad socioafectiva requerirá su consentimiento.

embargo, su reconocimiento *no debe ni puede hacerse indiscriminadamente*. Es imperativo que se cumplan los requisitos impuestos por la jurisprudencia y que se observe el interés superior del niño, ya que la paternidad socioafectiva tendrá efectos en los más diversos ámbitos jurídicos”.

Por su parte, Dimitre Braga Soares de Carvalho **(68)**, concluye en su artículo que “[l]a categorización del afecto como productor de derechos, principalmente en el ámbito del derecho de familia, viene siendo profundamente discutido. Tanto en Brasil como en otros países de matriz dogmática, como es el caso de Portugal. Sin embargo el mayor desarrollo se dio sin dudas en tierras brasileñas (...). El afecto ingresa, en el ámbito jurídico como dimensión del deber de solidaridad que incumbe al Estado brasileño regular. Debatiéndose, históricamente, si esas aéreas comportarían *interferencia pública, en los propios límites que diferencian el derecho público y derecho privado*. La discusión se basa en si cabría al Estado operar en la vida privada de las personas, calculando un mayor o menor grado de afectividad en las relaciones interpersonales” **(69)**. *El jurista brasileño llega a temer sobre los límites de una “dictadura de la afectividad”, que no dialoga con otros puntos de vista.*

Por su parte y desde otro enfoque, la instrucción de Paulo Lobo considera que es necesario

---

(68) BRAGA SOARES DE CARVALHO, Dimitre, "La sobervaloración de la afectividad como marco teórico del derecho de familia brasileño: el afecto como instrumento para superar la vulnerabilidad legal de la familia contemporánea", en DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba (coord.), *Derecho de familia y personas. Familia, mujer, niñez y violencia*, Ed. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Perú, 2019, ps. 668 y 673.

(69) *Ibidem*, p. 668. Concluye haciendo una seria advertencia sobre este tema: "La *afectividad extrema* plantada en el derecho de familia brasileño relativizó institutos jurídicos fundamentales bajo la justificación de la 'realización personal'. *La utilización casi obsesiva de ciertas premisas teóricas desencadenó, en la experiencia brasileña, en una visión unívoca fundamentada en el valor jurídico del afecto (...). Tal conquista destacó el derecho de familia brasileño, no obstante, tuvo su lectura un tanto distorsionada por la valoración exacerbada de sus premisas. Esta 'herencia' que, llegó a los límites de una 'dictadura de la afectividad', instruyó una sólida corriente doctrinaria que no dialoga con facilidad con otros puntos de vista.*"

hacer una *distinción entre afectividad y afecto*. La afectividad sería presumida en las relaciones familiares, aun cuando no exista afecto entre los involucrados. En esa senda, la afectividad sería un “deber jurídico” impuesto a los padres en relación con los hijos, así como a los parientes entre sí, que solo dejaría de existir con el fallecimiento de uno de ellos. La afectividad como deber jurídico no debe confundirse con el afecto (70).

Si bien es cierto que aquella exhortación preocupante del Prof. Braga Soares, llevaría a pensar que —de modo previo y exhaustivo— se deben garantizar y propugnar debates plurales, a fin de evitar las consecuencias extremistas que el jurista carioca previene, no es menos cierto que *las peculiaridades existentes entre el derecho y las costumbres de ambos países (modelo brasileño - modelo argentino), entre ellos el arraigo registral argentino a las formas de los actos jurídicos familiares versus la usual “notarialización” brasileña (actos jurídicos familiares efectuados mediante escritura pública), menos solemne y más flexible, relativizan esa contingencia*.

## IX. Conclusión. Final *apertus*

1. Propiciamos un amplio debate con pluralidad de doctrina, a fin de abordar la nueva técnica socioafectiva y su impacto en la familia contemporánea.

2. En su caso, consensuar legislativamente proyectos parlamentarios *especiales* que se puedan imbricar *parcialmente* a todas las tipologías filiatorias, con el fin de preservar los principios de estabilidad, indisponibilidad del estado primario de hijo y el interés superior del niño.

3. Elaborar *específicos* efectos civiles derivados del vínculo socioafectivo filial, los que serán *suplementarios* al vínculo jurídico filiatorio, tales como los relativos a la guarda, custodia, crianza y cuidado, apreciando el fuerte enlace emocional entre el progenitor/tercero/allega-

do y el niño durante su infancia, conocido en la doctrina psico-emocional como “apego seguro”, *durante un lapso de tiempo más o menos prolongado*, coincidiendo en este acápite con lo sugerido en las conclusiones de la comisión 6, Familia: “Identidad y filiación”, de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015.

4. Reiterando lo expuesto arriba en “nuestra opinión”, consideramos que la socioafectividad no puede ser aplicada a todos los institutos del derecho familiar. Es temerario, peligroso y potencialmente desestabilizador. Su aplicación debe ser de *estricta excepcionalidad* y en todos los casos será ordenada por un juez especializado. Por otro costado, la declaración de inconstitucionalidad de normas que atañen a la filiación debe constreñirse al régimen normativo vigente *por aproximación hermenéutica con la guarda con fines de adopción*. Y cuando deba ordenarse esta *ultima ratio*, reclamar al operador judicial: prudencia y respeto al sistema *integral* de derecho familiar, pues en caso de triple filiación pueden presentarse inconsistencias tales como:

4. a) En materia de desacuerdos en el ejercicio de la responsabilidad parental, la inclusión de un tercer actor adulto, con derechos subjetivos filiales o no, aumentaría los desacuerdos judicializables. El riesgo de “instrumentalizar” al hijo como botín de guerra entre dos, tres o más personas involucradas en su desarrollo, atenta contra la dignidad del niño colisiona con su interés a vivir en armonía su vida familiar.

4. b) En materia de cuidado personal compartido de tipo alternado, el arraigo del hijo (que incluye esencialmente estabilidad emocional) frente a la multiplicidad de progenitores o referentes afectivos ante cada desplazamiento o traslado de un hogar a otro, *se ve claramente quebrantado ante oscilantes desacoples de tantos adultos*. El principio informador de la materia, el *favor filii*, queda sometido así al interés del o de los progenitores y o allegados, impugnando la totalidad del derecho minoril universal. Resulta ilustrativa la doctrina española tendiente a asegurar la estabilidad del infante a la que me remito.

5. Tampoco es una nueva fuente filiatoria, por las reglas de los arts. 558 y 560 del Cód. Civ. y

(70) LOBO, Paulo, "Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental", en DÍAS, María Berenice - DUARTE PINHEIRO, Jorge (orgs.), *Escritos de derecho das famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Ed. Magister, Porto Alegre, 2008, ps. 147-148.

Com. existe ya la "*voluntad compulsiva*," o voluntad procreacional basamento de las técnicas de reproducción humana asistidas.

6. Creemos que la clave de bóveda es determinar la distinción entre aquellos casos en los que la filiación creada por el Derecho es naturalmente posible y aquellos casos en los que la filiación creada por el Derecho *no* sería biológicamente posible (TRHA o gestación sustitutiva). Es lo que Martínez de Aguirre y Aldaz, denomina: "principio de verosimilitud" de estas *filiaciones puramente jurídicas, que deben ser verosímiles como filiaciones.*

7. En materia sucesoria asimismo podrían aparecer inconvenientes. En especial, en el segundo orden hereditario, es decir el de los "*ascendientes*," quienes son excluidos por los

descendientes de su porción legítima (71). La intangibilidad de la legítima se puede ver afectada en el supuesto de multiplicidad de progenitores con discapacidad. *Si se reconoce a la pauta afectiva filial como fuente de vocación hereditaria, criterio equivocado a nuestro entender, deberá también acoger la equivalente transformación del sistema sucesorio argentino.*

Lo que se lleva dicho no agota el tema, pero proporciona indicios para aseverar que es dificultoso poder asegurar que un concepto o instituto que involucre a la familia es jurídico, si no se investiga su contenido, esto es: distinguir entre actos especulativos prácticos y sensibles, de los actos jurídicos familiares, como orientador de las acciones humanas en el núcleo de pertenencia.

---

(71) FLORES, Martín A., ob. cit.

## **COMISIÓN N° 8. SUCESIONES**

**MECANISMOS DE PLANIFICACIÓN SUCESORIA. PACTOS  
SOBRE HERENCIA FUTURA. EMPRESA FAMILIAR**



# Partición por los ascendientes

Julio César Capparelli (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Personas que pueden efectuarla.— III. Partición total o parcial.— IV. Colación.— V. Posibilidad de establecer una mejora.— VI. Partición por donación.— VII. Derechos transmitidos.— VIII. El problema de la nulidad y el de la reducción de la partición.— IX. La importancia del valor de los bienes.— X. Garantía de evicción.— XI. Posibilidad de revocación parcial o total.— XII. Partición por testamento.— XIII. Caso de enajenación de bienes con posterioridad al testamento.

## I. Introducción

Dentro del amplio marco del tema “programación hereditaria” decidimos recorrer una vez más esta figura bastante dejada de lado para intentar señalar los temas todavía conflictivos y procurar una interpretación armónica con las demás normas del código, de modo de devolverle el lugar protagónico que puede tener, una vez ahuyentados los fantasmas que le han jugado en contra.

Por eso trataremos algunos puntos que consideramos relevantes y expondremos más brevemente los temas que no generan mayores discrepancias.

La sistematización del Cód. Civ. y Com. ha planteado disposiciones generales para pasar luego a ocuparse de sus dos posibilidades: la

partición por donación y la partición por testamento.

La primera, por tratarse de actos entre vivos, responde mejor a una concepción de la familia más democrática, en cuanto el ascendiente acuerda con los descendientes el modo de efectuar la partición.

Antes de llegar a la redacción del contrato, se supone que deben consensuar acerca de varias cosas, a saber, si la partición es parcial o total, lo que marca diferencias acerca de los bienes no incluidos, el valor que se asigna a los bienes, el monto de lo que se colaciona si corresponde, la razón de establecer una mejora, la situación patrimonial en que quedan los ascendientes, la posibilidad de establecer condominios entre todos o algunos de los descendientes respecto de algún bien.

Todas estas cuestiones que en las sucesiones suelen generar conflictos al momento de decidir cómo partir los bienes pueden ser acordadas en forma más pacífica, pudiendo evitarse una futura fuente de litigios que llevan a dolorosas divisiones en la familia.

La partición por testamento responde más al poder decisorio del ascendiente que puede plasmarse de un modo más autoritario o bien disponer la partición añadiendo argumentos que expliquen a los herederos la decisión tomada y la justicia de ella. En el caso del testamento también la partición puede ser parcial o total por entender el testador que algunos bienes

---

(\*) Abogado y doctor en Ciencias Jurídicas (UCA); licenciado en Teología (Pontificia Universidad Gregoriana de Roma); mediador y escribano de registro de la Ciudad de Buenos Aires; profesor de Principios de Derecho Privado, Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia, Derecho de las Sucesiones y en el posgrado de Familia (UCA); exprofesor de Familia y Sucesiones (UBA) y de Derecho de Familia y Sucesiones (UN La Pampa); autor de un libro sobre el matrimonio en el derecho canónico y de uniones no matrimoniales (Ed. El Derecho); colaborador en el “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, dirigido por Rivera - Medina; en el “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, dirigido por José M. Curá (Ed. La Ley); y en el “Tratado de derecho civil y comercial. Familia”, ts. I y II, dirigido por Carlos Ghersi (Ed. Nova Terra).

pueden ser partidos por los herederos según lo crean conveniente y otros pueden serlo por decisión del testador, quien puede explicar la razón que lo ha llevado a determinada partición, atendiendo al destinatario de cada bien y a los valores atribuidos a ellos.

## II. Personas que pueden efectuarla

Según el art. 2411, “[l]a persona que tiene descendientes puede hacer la partición de sus bienes entre ellos por donación o por testamento.

“Si es casada, la partición de los bienes propios debe incluir al cónyuge que conserva su vocación hereditaria. La partición de los gananciales solo puede ser efectuada por donación, mediante acto conjunto de los cónyuges”.

El artículo considera dos situaciones diferentes.

En primer lugar, utiliza el singular: la persona que tiene descendientes puede hacer la partición por donación o por testamento. Allí no se plantea problema alguno.

La dificultad se plantea si la persona es casada, con respecto a los bienes propios y en el caso de los bienes gananciales.

No se ocupa de las parejas en unión convivencial, puesto que dichas uniones no otorgan vocación hereditaria y, por otra parte, lo típico de ellas es que cada uno conserva los bienes de los cuales es titular.

### II.1. Caso de los bienes propios

La norma establece expresamente que “si es casada, la partición de los bienes propios debe incluir al cónyuge que conserva la vocación hereditaria”.

En primer lugar, cabe señalar que si bien la norma fue escrita en el Proyecto teniendo en mira la libertad de contratación entre cónyuges, la limitación del art. 1002, inc. d), del Cód. Civ. y Com. no la derogó, siendo por lo tanto un contrato permitido.

Si bien la partición por ascendiente puede realizarse por donación o por testamento, en el caso del testamento, que es un acto unilateral, no hay problema de interpretación.

En el caso de partición-donación, otorgado por el ascendiente como donante y los descendientes como donatarios, surge la dificultad de armonizar la limitación del art. 1002, inc. d), con la mención expresa del art. 2411 acerca de que el acto “debe incluir al cónyuge que conserva la vocación hereditaria”.

El Código de Vélez tenía dos disposiciones: el art. 3526, que establecía que “la partición por el ascendiente entre sus descendientes, no puede tener lugar cuando existe o continúa de hecho la —sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos”, con lo cual excluía el supuesto mientras subsistiera la comunidad de ganancias; y el art. 3527, según el cual, si no existían bienes gananciales, la partición debía ser testamentaria porque en ese caso podía incluir no solo a los hijos y a sus descendientes, sino también al cónyuge que lo sobreviviera.

Con respecto a la partición-donación, podía tener por objeto los bienes propios, pero el problema residía en que no podía incluir en ese acto al otro cónyuge por la prohibición de donación entre cónyuges.

Por lo tanto, el campo de aplicación resultaba restringido al caso de ascendiente con descendientes si no hubiera habido cónyuge.

Con respecto a la partición-donación de gananciales, si eran de titularidad conjunta podía disponerlo a título gratuito a favor de los descendientes. Si era de titularidad de uno, requería el asentimiento del otro cónyuge. Esto planteaba la duda acerca de si quien asentía no estaba renunciando a su derecho en expectativa, lo que resultaba prohibido por el art. 1218 del código anterior.

Además, la doctrina discrepaba acerca de la naturaleza de la donación. Unos sostenían que sólo podían ser entendidas como donaciones singulares, como un adelanto de la legítima. Otros aceptaron esta donación conjunta de gananciales, reconociéndole la naturaleza de partición (1).

---

(1) PIÑON, Benjamín P., “Partición por donación del ascendiente a sus descendientes”, en *Sucesiones (Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa)*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 133.

El art. 2411 del Cód. Civ. y Com., al incluir al cónyuge que conserva su vocación hereditaria, obviamente se está refiriendo tanto a la partición por donación cuanto a la testamentaria (2).

En el caso de la partición por donación, al quedar incluido el cónyuge constituye una excepción a lo establecido en el art. 1002, inc. d), del Cód. Civ. y Com. en el caso de disponer de bienes propios del donatario.

La norma no hace distinción alguna lo que constituye un primer principio hermenéutico. Establece expresamente que está permitido y requiere para su validez que se incluya al otro cónyuge, ya que conserva su vocación hereditaria.

La inclusión de cónyuge cuando la donación-partición se refiere a bienes propios del donante nos hace pensar que el otro cónyuge podría resultar donatario junto con los demás descendientes. Es verdad que el instituto se refiere a la partición por ascendientes con sus descendientes, pero la ley argentina que reconoce el derecho a heredar al supérstite en los bienes propios da lugar a esa anomalía.

Si no se admitiera esta interpretación por ser contraria a la naturaleza de la partición por ascendiente, la norma del art. 2411 en su segundo párrafo quedaría vacía de contenido.

Podrá decirse que la prohibición del art. 1002, inc. d), para los cónyuges con régimen de comunidad prohíbe la celebración de contratos entre sí, pero no puede negarse que en el mismo Código se establecen expresas excepciones.

En todo caso siempre sería posible acudir a lo dispuesto por el art. 449: poner fin al régimen de comunidad, pasar al de separación, recuperar la libertad de contratación y efectuar donaciones singulares si fuera el caso o celebrar una partición-donación por ascendiente, incluyendo al cónyuge del donante.

## II.2. Caso de los bienes gananciales

El tema fue abordado por la doctrina comentando las disposiciones del código velezano.

(2) FERRER, Francisco A. M., comentario al 2411, en ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2ª ed., t. XI.

El art. 3526 de dicho código establecía que “la partición por el ascendiente entre sus descendientes, no puede tener lugar cuando existe o continúa de hecho la sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos”.

Como ya lo hemos mencionado, la dificultad máxima se presentaba si el ascendiente quería partir sus bienes propios con los descendientes.

Al cónyuge no podía incluirlo porque existía la prohibición de donar entre cónyuges, la que surgía del art. 1807, inc. 1º. Tampoco podía dejarlo fuera porque ello implicaba excluirlo del derecho a heredar sobre los bienes propios en concurrencia con los descendientes.

Por eso el art. 3527 del citado código establecía que si no existían bienes gananciales la partición debía ser testamentaria, porque en ese caso podía incluir no solo a los hijos y a sus descendientes si aquellos no existieran, sino también al cónyuge que lo sobreviviera.

Pero si el ascendiente quería partir sus bienes gananciales el problema resultaba más complejo. Vigente el régimen de comunidad los cónyuges no podían disolverlo y liquidarlo convencionalmente. La disolución se daba tal como lo establecía taxativamente la ley.

En ese contexto había que distinguir dos supuestos, según el bien fuera de propiedad de uno de los cónyuges o si lo tenían en condominio.

El primero, tratándose de un bien de titularidad exclusiva del ascendiente que quiere otorgar el acto, el otro cónyuge debe prestar el asentimiento, no el consentimiento ya que no goza del poder que corresponde al titular. Los derechos del no titular sobre los gananciales se actualizan a la disolución del régimen, lo que no ocurre por la partición por donación. El que dona y parte estaría disponiendo de un derecho que no es exclusivo, sobre el cual el otro cónyuge tiene una expectativa otorgada por la ley. Solo al disolverse y liquidarse el régimen puede saberse a quién corresponderá el bien.

La otra objeción es que el no titular, al asentir, estaría renunciando a sus derechos eventuales,

lo que resultaba prohibido por el art. 1218 del código anterior.

El segundo, tratándose de un bien de titularidad conjunta de los cónyuges podrían donarlo. Si tuvieran varios bienes gananciales en condominio también podrían donarlo, pero según Zannoni y Molina no podrían otorgar una partición por donación, porque el art. 1805 del Código de Vélez dispone que el padre y la madre conjuntamente pueden hacer donaciones a sus hijos, lo que ha de entenderse como un adelanto de la legítima. Se trataría de una donación que implica un anticipo de herencia y no una partición por donación, que es irrevocable. En la posición opuesta, Llerena, Segovia, Bibiloni, Guastavino, Borda y Maffía entre otros, aceptaron esta donación conjunta de gananciales otorgándole la naturaleza de partición.

El nuevo texto da por tierra con la vieja discusión.

Con respecto a los bienes propios, acepta la partición por ascendiente, tanto si es por donación cuanto si está prevista en el testamento. En ambos casos señala que “debe incluir al cónyuge que conserva su vocación hereditaria”, como único requisito de validez.

Con respecto a los bienes gananciales el art. 2411, dice que “solo puede ser efectuada por donación, mediante acto conjunto de los cónyuges”. Con respecto a la partición por donación recepta la posición de la doctrina mayoritaria que así interpretaba la regulación anterior.

Cabe preguntarse si se entiende en el nuevo contexto legal que la partición por donación puede hacerse mediante acto conjunto de los cónyuges.

En el código anterior se distinguía el caso de titularidad de un cónyuge de un bien ganancial para cuya disposición se requería el asentimiento del otro, del caso de un bien ganancial de titularidad conjunta.

Parte de la doctrina negaba ambas posibilidades mientras otro sector aceptaba el caso de bienes de titularidad conjunta.

Con respecto a la partición por donación de bienes gananciales que fueran de titularidad

conjunta no cabe duda alguna de que es posible. Es lo que se desprende de una interpretación literal del texto.

El problema puede surgir con respecto a la partición por donación de bienes gananciales de titularidad exclusiva del ascendiente.

Si el acto fuera celebrado por ambos cónyuges, aunque los bienes fueran de titularidad de uno solo de ellos, no habría obstáculo alguno. El acto no es contrario al orden público. El art. 447 prohíbe las convenciones no comprendidas en el art. 446 pero no impide poner fin al régimen de comunidad por convención. Si están facultados para modificar el régimen de bienes no se advierte que no puedan decidir de común acuerdo la disposición de bienes gananciales al efectuar una partición por donación con sus descendientes.

Sería excesivo pedirles que disuelvan el régimen de comunidad, a lo que los habilita el art. 449, pasen a un régimen de separación y recién entonces efectúen la partición por donación de los bienes de su titularidad, obligándolos a realizar dos actos de partición, esta vez inobjetable por tratarse de bienes propios.

Por las razones expuestas, pensamos que es posible este supuesto y que el requisito de que sea un acto conjunto de los cónyuges comprende la disposición de bienes de titularidad de uno o de ambos cónyuges. Podemos añadir que la norma exige un acto conjunto de los cónyuges, pero no dice que ambos deban disponer conjuntamente.

Tampoco puede alegarse que el cónyuge no titular está renunciando a una herencia futura, prohibida por el art. 2286, porque los cónyuges no se heredan en los bienes gananciales.

Con relación a la partición por testamento, subsiste la imposibilidad de incluir la partición de bienes gananciales, porque no es posible el otorgamiento de un testamento conjunto, como no lo era anteriormente. Siendo el testamento un acto unilateral, el cónyuge que quisiera efectuar la partición por testamento de bienes gananciales estaría disponiendo de bienes que no le pertenecen totalmente, ya que, al momento de la disolución —causada en este caso por la

muerte—, corresponderán en un cincuenta por ciento al cónyuge supérstite.

### III. Partición total o parcial

El art. 2412 establece que “[s]i la partición hecha por los ascendientes no comprende todos los bienes que dejan a su muerte, el resto se distribuye y divide según las reglas legales”.

También el art. 3518 del código anterior había previsto algo semejante. La norma decía que el objeto de la partición por donación debían ser los bienes presentes y que los que no hubiesen entrado en la donación se dividirían a la muerte del donante como está dispuesto para las particiones ordinarias.

Con esta expresión establecía que no debía comprender todos los bienes del ascendiente. Tanto antes como ahora el ascendiente puede partir todos los bienes que integran su patrimonio al momento de otorgarse el acto, como incluir solo algunos de ellos.

La ubicación de este artículo dentro de las disposiciones generales aclara que esto puede darse tanto en el caso de partición por donación como en la partición por testamento.

En uno u otro caso, el resto de los bienes no comprendidos se distribuirán y dividirán según las reglas legales.

Lo más frecuente es que la partición por ascendiente sea parcial. Ello así, tanto porque en el caso de partición por donación el ascendiente suele reservarse algunos bienes que le resultan imprescindibles, cuanto en el caso de la partición por testamento, el testador no puede saber al momento de otorgar el acto cuál será la evolución de su patrimonio con posterioridad.

Del derecho consuetudinario francés proviene la posibilidad menos frecuente de la partición que incluya todos los bienes. Es el supuesto del ascendiente gravemente enfermo o de avanzada edad, que difícilmente va a ver alterado su patrimonio.

Este último caso es el que originó las normas del código anterior con respecto al derecho de los acreedores del ascendiente donante. El art. 3519 de dicho código establecía que cuando se

entregaban todos los bienes, los descendientes estaban obligados al pago de las deudas del ascendiente, cada uno en su proporción, sin perjuicio de los derechos de los acreedores contra el ascendiente.

Cabían entonces dos posibilidades: a) que el ascendiente entregara todos los bienes, lo que hacía nacer la responsabilidad de los descendientes donatarios, o b) que el ascendiente, si tenía bienes suficientes para satisfacer sus créditos, fuera el obligado al pago, sin perjuicio de la acción subsidiaria del acreedor contra los descendientes.

Los descendientes donatarios debían responder en la medida en que las deudas fuesen anteriores a la partición, según lo establecía el art. 3520 de ese ordenamiento.

Estas normas regían exclusivamente en el caso de la partición por donación, ya que en el caso de la partición por testamento se aplicaban los principios generales.

Existía entonces un doble régimen según que se hubieran incluido todos los bienes o que la partición fuera parcial. Eso podía originar alguna dificultad en cuanto a establecer en qué casos se podía aseverar que se trataba de una partición total.

Estas disposiciones han desaparecido, por lo tanto el derecho de los acreedores del ascendiente donante y el derecho de los acreedores del ascendiente que ha otorgado testamento en el cual ha efectuado la partición, se regirá por las normas aplicables a los acreedores por las obligaciones de fuente contractual en caso de partición por donación, teniendo acción solo contra el deudor, salvo caso de fraude en que cabe la acción pauliana, art. 338 y ss., y por las normas aplicables al derecho de los acreedores del causante, art. 2359 y ccds., en caso de partición por testamento.

### IV. Colación

Según el art. 2413, “[a]l hacer la partición, sea por donación o por testamento, el ascendiente debe colacionar a la masa el valor de los bienes que anteriormente haya donado y sean susceptibles de colación”.

Esta norma conserva la vieja disposición del art. 3530 según la cual, “para hacer la partición, sea por donación o por testamento, el ascendiente debe colacionar a la masa de sus bienes, las donaciones que hubiese hecho a sus descendientes, observándose respecto a la colación lo dispuesto en el Capítulo III de este título”.

Consideramos que es técnicamente correcta la mención de la colación dentro de las disposiciones generales de la partición por ascendiente.

Se conserva el principio de igualdad en la partición dentro de los principios previstos por el orden sucesorio.

Al remitir a la obligación de colacionar la norma conserva en consonancia con lo establecido en el cap. 3, sobre colación de donaciones, el principio que se trata de traer a la partición el valor de los bienes y no los bienes mismos. Rigen los principios establecidos en el citado capítulo sobre colación que resultan aplicables al caso.

En consecuencia, son colacionables no solo el valor de las donaciones sino también el valor de los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular, como lo establece el art. 2391.

También debe tenerse en cuenta la posibilidad de atribución preferente de un establecimiento, o de los derechos sociales, según el art. 2380 y el de otros bienes, según el art. 2381. Todo esto sin transgredir el principio fundamental de la igualdad en la partición, que justifica la obligación de colacionar.

Si el ascendiente no respetara esta obligación de colacionar al hacer la división, imputando en la hijuela del heredero el valor de lo recibido, habrá que ver si hubo dispensa de colación, la que puede hacerse no solo por testamento, como en el código anterior, sino también en el acto de la donación, como lo establece el art. 2385, teniendo en cuenta para la determinación del valor el de la época de la partición, pero según el estado del bien a la época de la donación.

Dado que la partición por ascendiente puede ser parcial, puede ocurrir que con posterioridad el ascendiente realice otras particiones por donación también parciales, que resultarían complementarias o bien que efectúe donaciones a favor de algunos o de todos sus descendientes, pero con el carácter de simples donaciones.

Siempre que se trate de partición por donación los valores de los bienes recibidos no serán colacionables porque no constituyen simples adelantos de herencia sino bienes ya adjudicados por la partición. Solo serían colacionables los valores de los bienes recibidos en las simples donaciones o de los beneficios obtenidos en contratos con el ascendiente posteriores a la partición por donación efectuada.

#### **V. Posibilidad de establecer una mejora**

Así lo consigna el art. 2414, al establecer lo siguiente: “En la partición, el ascendiente puede mejorar a alguno de los descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible, pero debe manifestarlo expresamente”.

Esta norma comprendida dentro de las disposiciones generales es de gran importancia porque viene a aclarar la del art. 3524 del código anterior que dio lugar a ciertas dificultades de interpretación.

El viejo art. 3524 disponía en su primera parte que tanto en la partición por donación como en la partición por testamento el ascendiente podía dar a uno o a algunos de sus hijos la parte de los bienes que la ley le permite disponer. Luego agregaba que solo debía entenderse la diferencia como mejora si así lo hubiera dispuesto expresamente en el testamento.

Se originaba una gran duda acerca de si podía hacerse una mejora en la partición por donación, lo que se afirmaba en la primera parte de la disposición, ya que en el último párrafo se establecía que la cláusula de mejora debía ser expresa y surgir del testamento.

El texto resultaba sumamente confuso y por lo tanto difícil su aplicación.

Mientras algunos autores sostuvieron que la contradicción es irreductible y que era preciso dar preferencia al último párrafo del artícu-

lo, otros fueron del criterio de aceptar la mejora en ambos casos por ser más equitativo. Borda sostuvo que se ganaría mucho eliminando el último apartado del art. 3524. Felizmente, esta crítica ha tenido buena acogida.

El nuevo texto es claro y permite la mejora en ambos casos con el solo requisito de la manifestación expresa.

La cuestión reviste gran interés práctico. Puede ocurrir que el ascendiente no sea suficientemente claro en sus disposiciones y asigne bienes de distinto valor, beneficiando particularmente a uno de los herederos cuando su intención fue que el reparto fuera igualitario.

Esto es muy factible cuando se trata de un campo. Quizás no está dividido y el ascendiente establece una determinada cantidad de hectáreas a cada descendiente, no teniendo todas las parcelas la misma superficie. Las diferencias pueden surgir del diferente valor según que se encuentren más próximas al camino, o que permitan por su calidad cierto cultivo o que limiten con un curso de agua. Puede surgir la duda acerca de si la asignación de una mayor cantidad de hectáreas se debe al diferente valor de ellas o a la voluntad de mejorar al heredero.

Puede darse el caso contrario, que el ascendiente asigne a uno de los herederos una parcela tan importante que surja a todas luces que con relación a las otras parcelas asignadas no puede tratarse sino de una mejora.

Para evitar este tipo de problemas el artículo establece que el ascendiente puede mejorar a alguno de sus descendientes o al propio cónyuge, pero debe manifestarlo expresamente, aunque para ello no sea menester el uso sacramental del término “mejora” y pueda entenderse una disposición por la cual el ascendiente manifieste que quiere favorecer al heredero tal como la ley lo permite. Queda claro que esto puede expresarse tanto en la partición por donación como en la partición por testamento.

La inclusión de esta norma en las disposiciones generales refuerza nuestra convicción acerca de la validez de la partición-donación que incluye al otro cónyuge, ya que la mención de

la mejora puede referirse a un descendiente o al cónyuge según el texto expreso de la ley.

## VI. Partición por donación

En cuanto a los bienes que pueden ser incluidos en la partición por donación, dado que el acto está comprendido en el marco de la programación hereditaria, solo puede tener por objeto los bienes que integran el patrimonio del ascendiente-donante. Por eso el art. 2415 establece que “la partición por donación no puede tener por objeto bienes futuros”.

Esto ya estaba previsto en el art. 3518 del código anterior.

La doctrina había contemplado esta posibilidad. Llerena se manifestó por la nulidad de la partición si comprendía también bienes futuros, mientras que Segovia se inclinó por la validez parcial, al no existir razón para privar de eficacia al acto partitivo que es el modo de dar cumplimiento con la voluntad del disponente. El art. 1800 del código anterior se ve traducido en el art. 1551 del actual que establece que la donación no puede tener por objeto cosas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar.

Puede ocurrir, sin embargo, que celebrada una partición-donación, con posterioridad el ascendiente adquiera otros bienes y piense también en disponerlos del mismo modo. En tal caso podría realizar otra partición por donación incluyendo los nuevos bienes.

Por lo tanto, pueden darse dos supuestos: que se haga una partición y que los bienes no incluidos o adquiridos con posterioridad se distribuyan según las reglas legales, como lo enuncia el art. 2412 o que se realicen varios actos de partición por donación, que vayan incluyendo sucesivamente otros bienes.

### VI.1. Concepto y naturaleza jurídica

La partición por donación es un acto jurídico por el cual el ascendiente dona y parte sus bienes entre sus descendientes con la aceptación de estos.

Tiene como finalidad anticipar el dominio de los bienes y evitar las disputas con respecto a la adjudicación entre los descendientes.

Es un acto complejo que combina las normas de la donación con las de la partición, respetando también el régimen de bienes de comunidad del matrimonio en caso de corresponder.

Es un acto entre vivos, gratuito, patrimonial, plurilateral, de disposición, formal y puede someterse a modalidades, estando prohibida la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante. Por lo tanto, la transferencia de lo donado es irrevocable, salvo los supuestos previstos en el art. 2420.

La partición por donación es traslativa de dominio, siendo los descendientes sucesores singulares, los que se convierten después de la muerte del ascendiente donante en herederos si aceptan la herencia. Por lo tanto, pueden renunciarla con los efectos que produce la renuncia sin que ello implique la devolución de los bienes recibidos.

En cuanto a su naturaleza jurídica, Méndez Costa señaló que primero es donación y luego partición, pero ontológicamente considera que primero es partición. Guastavino la considera un pacto admitido sobre herencia futura.

Participa de la naturaleza de la donación pero tiene algunas diferencias. En la simple donación quien responde por evicción es el donante, según el art. 1556, mientras que en la partición por donación los donatarios responden por evicción, según lo establece el art. 2419.

En cuanto se trata de una partición debe respetar la legítima, el ascendiente debe colacionar el valor de los bienes donados y rige la garantía de evicción entre copartícipes.

### VI.2. Sujetos

Los sujetos del acto jurídico son los que lo generan. En este caso el donante es solo el ascendiente, o sea el padre, madre y demás ascendientes. Podría hacerlo el abuelo o la abuela con sus hijos y con sus nietos si estos concurren por derecho de representación. Por lo tanto, un hijo no puede hacer partición por donación entre sus padres, ni entre sus hermanos. Tampoco puede efectuarse entre tío y sobrinos y viceversa.

No tratándose de ascendientes, los demás solo podrán realizar donaciones, pero no estarán sometidas al régimen de la partición por donación sino a las normas de las donaciones, no teniendo las características propias de la partición.

Con respecto a la capacidad del donante son de aplicación el art. 1548 que establece que puede donar quien tiene plena capacidad para disponer de sus bienes

Los donatarios son los descendientes, o sea los hijos y también los nietos por representación. También es donatario el cónyuge, ya que tiene vocación hereditaria y no existe en esta figura la prohibición de donar durante el matrimonio, según la interpretación que hemos dado del art. 2411.

El código anterior establecía que la partición debía comprender a todos los herederos forzosos que existan en el momento del deceso y que la omisión de cualquiera de los herederos existentes en el momento del otorgamiento del acto, así como también el nacimiento ulterior de otro descendiente, según los arts. 3528 y 3529 de la citada ley, invalidaban la partición.

Esto se ha modificado según lo normado en el art. 2417 al que nos vamos a referir más adelante. Baste subrayar por ahora que la regulación que hace el código vigente procura sostener la validez del acto, evitando planteos de nulidades.

### VI.3. Aceptación

En cuanto a la capacidad para aceptar donaciones es de aplicación el art. 1549, por lo tanto, si el donatario es incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal. Si el donante fuese el representante legal, supuesto en que el descendiente es menor, se designa un tutor especial. Esta norma es específica y obliga a la designación del tutor *ad hoc*.

La donación puede estar sujeta a posterior aceptación, pero debe producirse en vida del donante y del donatario. En esto se modifica la disposición del art. 1811 del Código de Vélez que no establece esta restricción.

El código anterior establecía en su art. 3528 que la partición debía hacerse entre todos los

hijos y los descendientes de los que hubiesen fallecido, bajo pena de nulidad. En realidad, ese artículo cubría el caso de omisión de un hijo, o sea su preterición. Nada decía expresamente sobre el supuesto en que todos hubieran sido incluidos, pero no todos hubiesen aceptado, caso posible si el acto hubiera estado sujeto a posterior aceptación. El acto valdría como donación, pero no como partición por donación, porque esta figura requiere como acto colectivo la aceptación de todos los donatarios.

Así lo entendió un fallo del tribunal de alzada de Bahía Blanca del año 1988.

Estaba referido a una acción de colación contra el donatario en la sucesión de sus padres María A. Uslenghi y Ángel Traverso.

En el caso por escritura del 9 de septiembre de 1978 los causantes pretendieron realizar una partición donación entre todos sus hijos del campo que poseían, con arreglo a los art. 3514 y ss. del Cód. Civil, la que se frustró por la falta de aceptación de uno de los herederos (art. 3516, Cód. Civil). El fallo hace lugar a la acción de colación por entender que se trataba de una simple donación y no de una partición-donación por ascendiente, ya que en este último caso la aceptación de los donatarios debió ser expresada en la misma escritura o, en caso de ausencia, en otra escritura (art. 1811, Cód. Civil.) (3).

En el caso de la donación-partición no puede pedirse la colación puesto que opera por sí misma una liquidación sucesoria, de ahí que es importante que se cumplan con todos sus requisitos (4).

#### VI.4. Forma

La partición por donación debe hacerse en la forma prescripta para las donaciones. Así el art. 1552 establece que "deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias". Esta norma concuerda con la nor-

ma genérica del art. 1017, inc. a), referido a los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

Si no estuvieran incluidos estos bienes la partición se rige por el art. 2369 que sienta el principio de libertad si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces.

#### VII. Derechos transmitidos

Según el texto del art. 2416, "[e]l donante puede transmitir la plena propiedad de los bienes donados, o bien únicamente la nuda propiedad, reservándose el usufructo.

"También puede pactarse entre el donante y los donatarios una renta vitalicia a favor del primero".

En el Cód. Civil, Vélez Sarsfield estableció en el art. 3516 que la partición por donación solo podría hacerse por entrega absoluta de los bienes que se dividen y se transmiten en forma irrevocable y en el art. 3517 que no podía hacerse bajo condiciones que dependieran de la sola voluntad del disponente.

En realidad, quiso que quedara en claro que los bienes se transmitían plenamente a los donatarios, sin establecer condiciones como la de pagar deudas y cargas futuras de la sucesión.

De todos modos, el acento puesto en estos artículos hizo pensar que la irrevocabilidad podía oponerse al establecimiento de modalidades y que los descendientes debían recibir su porción legítima sin ninguna condición ni cargo. De ahí que se sostuvo que solo podía imponer condiciones o cargas en los límites de su porción disponible.

También se dudó acerca de la reserva de usufructo, puesto que Vélez, en la nota al art. 3516, dice que sigue a Marcadé, y en Francia no se admitió la constitución de una renta vitalicia o la reserva de usufructo. Fue necesaria una reforma legislativa, la de 1938 en Francia, para establecer expresamente esta posibilidad.

En nuestro país, fue Bibiloni quien propuso una nueva redacción del artículo, permitiendo que el donante se reserve el usufructo o una ren-

(3) C1aCC Bahía Blanca, sala I, 05/04/1988, "Traverso, Norma c. Traverso, Elda G.", LA LEY, 1988-D, 360.

(4) CNCiv., sala G, 04/11/1986, "Zavalía, Héctor S. c. Zavalía, Ema D. y otros", LA LEY, 1989-C, 206.

ta vitalicia, además de una hipoteca sobre los bienes inmuebles

El texto del art. 2416 ha aquietado las aguas. Una de las críticas que justamente se ha hecho a la partición por donación es el riesgo del despojo para el ascendiente, razón por la cual el Cód. de Vélez establecía la obligación de pagar las deudas del ascendiente donante, otorgándole una acción subsidiaria al acreedor anterior para ir no solo contra su deudor sino poder perseguir en caso de insolvencia los bienes en poder de los donatarios.

Este peligro desaparece con esta previsión. El ascendiente puede reservarse el usufructo de todos o de algunos bienes, para lo cual deberá contemplar que ello no vulnere la igualdad entre los lotes adjudicados a los donatarios, dado que esta reserva disminuye sensiblemente el valor de lo donado.

En general el riesgo no es tan significativo si pensamos que quien realiza esta partición-donación vislumbra el acortamiento del tiempo que le resta de vida, por la razón que fuere, y el usufructo que se reserva es una especie de seguro para el caso que se produzca con anterioridad el fallecimiento de un donatario.

Si bien la norma hace referencia solo al usufructo queda comprendida la posibilidad de reservarse un derecho de uso o habitación.

También está prevista una renta vitalicia a favor del ascendiente, para lo cual podrá asegurar el cumplimiento con una garantía suficiente.

### **VIII. El problema de la nulidad y el de la reducción de la partición**

El tema se planteó durante la vigencia del Cód. Civil anterior.

Una larga disputa doctrinaria existió acerca de la interpretación de los arts. 3536 y 3537 del Cód. de Vélez.

El art. 3536 previó una acción de rescisión cuando la partición no salva la legítima de alguno de los herederos y el art. 3537 estableció la posibilidad de pedir la reducción de la porción asignada a uno de los partícipes, cuando hubie-

se recibido una excedente de la cantidad que la ley permite disponer.

La primera dificultad es terminológica. No queda claro si el término rescisión utilizado por la norma es el que comúnmente tiene en nuestro derecho. Rescindir un acto es privarlo de eficacia por acuerdo de voluntades de los que lo han celebrado, pero en el derecho francés, que es la fuente del art. 3536, la acción de rescisión comprende el supuesto de lesión en más del cuarto que sufre el heredero respecto de la parte que le debió corresponder. Esta lesión conlleva a la nulidad de la partición como efecto de la rescisión. Esto podría ocurrir si la legítima estuviera afectada por donaciones a terceros o por legados que superen de tal forma la porción disponible que impidan a los coherederos percibir su legítima. Exigiría según el art. 3536 dejar sin efecto la partición y realizar un nuevo acto particional.

En cuanto al art. 3537, la acción de reducción se aplica cuando uno de los copartícipes, además de su cuota y de las liberalidades hechas a título de mejora, o de donaciones sujetas a colación, ha recibido un beneficio que excede la porción disponible. Sería pasible de reducción por el exceso.

Por esta acción debería reducir los valores incluidos en la partición del ascendiente hasta dejar salvada la legítima global de los descendientes.

Estas dos acciones presentan diferencias importantes.

La de rescisión deja sin efecto la partición, lo que es gravísimo. Se dirige contra todos los coherederos porque tiene por objeto dejar sin efecto la partición efectuada por el ascendiente. Le correspondía un plazo de prescripción decenal por no estar previsto un plazo especial.

La de reducción mantiene la eficacia de la partición, que es importante, pero modifica la partición para cubrir la cuota de legítima de los copartícipes. Se dirige solo contra el heredero favorecido con el excedente. Tenía un plazo de cuatro años de prescripción, según el art. 4028 del código anterior.

Pese a estas diferencias, se afirma que el caso previsto en ambos artículos es uno solo. En ambos casos un heredero ha recibido menos de lo debido o más de lo debido, o sea no ha visto respetado su derecho como legitimario.

Este conflicto encuentra una solución adecuada regulando una única acción, la de reducción, que evita la nulidad de la partición procurando la protección de la legítima.

### VIII.1. ¿Subsiste la acción de nulidad?

El art. 2417 establece lo siguiente: “Acción de reducción. El descendiente omitido en la partición por donación o nacido después de realizada esta, y el que ha recibido un lote de valor inferior al correspondiente a su porción legítima, puede ejercer la acción de reducción si a la apertura de la sucesión no existen otros bienes del causante suficientes para cubrirla”.

Aparentemente, se ha optado por suprimir la acción de nulidad y establecer solo la de reducción. Esta sería aplicable al caso de preterición de descendiente, al nacido con posterioridad al otorgamiento de la partición-donación y al que ha recibido un lote de valor inferior a su porción legítima.

El antecedente de la norma es el art. 2368 del Proyecto del año 1998 que lleva el título de acción de complemento. En los fundamentos del mismo se dice: “Con la disposición proyectada sobre acción de complemento se propone suprimir la acción de nulidad de la partición por preterición (arts. 3528 y 3529 actuales), que es incoherente con la supresión de la nulidad de la institución hereditaria por preterición derivada de la ley 17.711. Igualmente la acción de rescisión (art. 3536 vigente) cuyo sentido nunca ha podido ser desentrañado precisamente por la doctrina”.

Esto echa luz sobre el criterio adoptado por la norma propuesta, pero no significa que no pueda existir una acción de nulidad, que se rige por los principios generales aplicables a los actos jurídicos, eliminándose la norma especial.

La nulidad es una sanción legal por la que se priva de eficacia a un acto jurídico en virtud de

un vicio o defecto contemporáneo a la celebración del acto.

La nulidad de un acto puede ser absoluta o relativa. Los arts. 387 y 388 del presente código conservan esta clasificación. También puede ser total o parcial como lo establece el art. 389 lo que permite conservar la eficacia del acto, afectando solo una o varias disposiciones. La nulidad relativa está sujeta a plazos de prescripción y es confirmable. Estos son los principios básicos rectores en materia de nulidad.

Siguiendo estos lineamientos el vicio originario puede afectar a los sujetos, al objeto y a la forma.

En el caso de partición por ascendiente el sujeto debe ser el ascendiente capaz y los donatarios deben ser los descendientes, sean hijos o a falta de estos, los que concurren por derecho de representación. Por lo tanto, el vicio podría afectar al ascendiente incapaz, a los vicios de la voluntad, al acto realizado por quien no está facultado, como los tíos y sobrinos o hermanos entre sí, a los donatarios menores sin la designación judicial del tutor especial para dicho acto.

El objeto podría estar viciado por estar prohibido por la ley o sometido a modalidad prohibida o en el caso particular por incluir bienes gananciales sin el concurso del cónyuge.

La forma podría estar viciada si, incluyendo bienes inmuebles, no se celebrara por escritura pública.

Sin perjuicio de la nulidad, cualquier acto jurídico puede ser atacado en caso de fraude resultando inoponible si se cumplen los requisitos previstos por la ley.

Desaparece en cambio la posibilidad de planear la nulidad después de la muerte del ascendiente por parte de un hijo que no hubiera sido incluido como lo establecía el art. 3528 anterior y hubiera aceptado la herencia no existiendo bienes para pagar su legítima.

También queda sin efecto la nulidad pedida por el hijo nacido después de realizada la partición por donación o de un hijo póstumo. Esta última hipótesis del nacimiento de un hijo póstumo, antes poco pensable dado que quien

otorga este acto suele ser una persona de avanzada edad o con serios problemas de salud, es ahora más probable por los procedimientos de gestación extracorpórea y la conservación de embriones crioconservados no implantados.

La eliminación de esta acción especial de nulidad que existía en la normativa anterior resulta a todas luces positiva. La amenaza de una acción que dejaba sin efecto a la partición por donación por la no inclusión de un hijo o por supernacencia de un hijo generaba una gran inseguridad jurídica.

Los donatarios de los bienes veían imposibilitada disponer de ellos, ya que los posibles adquirentes podían pensar que siempre cabía la posibilidad de omisión de algún hijo o de nacimiento posterior, lo que hacía peligrar el dominio adquirido, ya que el título del disponente estaba amenazado por una nulidad latente.

Esto explica entre otras cosas la escasa o nula aplicación de esta figura en la práctica.

### *VIII.2. La acción de reducción*

Se ha simplificado el sistema de protección previendo una sola acción, llamada en el Proyecto de 1998 de complemento y en el texto actual de reducción.

El código distingue la acción de complemento en el art. 2451, de la acción de reducción de disposiciones testamentarias en el art. 2452 y reducción de donaciones en el art. 2453.

En realidad, en el art. 2417 incluye todos los supuestos. En esto coincide con la doctrina que no encuentra diferencias entre una y otra acción, siendo lo mismo pedir el complemento que reducir las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima y las donaciones.

El artículo se ocupa tanto del caso de preterición de heredero forzoso, como del que tiene la acción de complemento y la acción de reducción.

Tiene legitimación activa el descendiente omitido en la partición por donación. Se evita la acción de nulidad de la partición y se salvaguarda su derecho. Es la acción del heredero omitido o preterido que, de acuerdo con el art. 3715

(ley 17.711), puede salvar su legítima sin invalidar el testamento, ahora contemplado en el art. 2450. El texto del art. 2417 armoniza con el criterio favorable a la eficacia del acto, en el caso de la partición por donación, salvando el derecho del legitimario.

También la tiene el que ha recibido un lote de valor inferior al correspondiente a su porción legítima. Puede tratarse de un descendiente o incluso del cónyuge que debe ser parte del acto según el art. 2411.

El legitimado pasivo es el copartícipe que ha recibido más que lo que le corresponde por legítima o por mejora, que deberá reintegrar el excedente.

Son aplicables las normas de legítima establecidas en el art. 2454, en el que se especifica el caso en que si la reducción es total la donación queda resuelta, pero si es parcial distinta es la solución según el bien sea divisible o no. La norma establece que en todo caso el donatario puede impedir la resolución entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima.

A la partición por donación también le es aplicable la mejora a favor del heredero con discapacidad del art. 2448 o legítima estricta, que debe ser tenida en cuenta para realizar el cálculo de la legítima de cada copartícipe.

La acción de reducción nace a la apertura de la sucesión. Supone por un lado la aceptación de la herencia por parte del que resultó donatario en la partición por donación. Es en ese momento que puede efectuarse el cálculo de la legítima. En tal caso el omitido en la partición o el que ha recibido un lote de valor inferior a la porción legítima que le corresponde, podrá cobrarse de los bienes del causante que puedan cubrir su cuota si hubiera suficiente caudal relicto, o de lo contrario podrá accionar por reducción.

El legitimario acciona contra el donatario beneficiado en exceso, pero puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables, no así los bienes muebles.

Esta acción tiene un término de prescripción de diez años computados desde la adquisición de la posesión, aplicándose el art. 1901 de unión de posesiones. Ordinariamente la posesión se entrega en el acto mismo de la donación, en cuyo caso el plazo empieza a correr desde esa fecha.

Esta disposición modifica sustancialmente el viejo art. 3955, que extendía el plazo a diez años contados desde la apertura de la sucesión. Si bien dentro del esquema de protección de la legítima tenía su lógica, no es menos cierto que inmovilizaba la circulación de los bienes registrables por períodos mucho mayores a esos diez años y ponía a los bienes prácticamente fuera del comercio.

Esta es una de las razones más fuertes por las cuales tanto las donaciones a terceros como la partición por donación se convirtieron en instituciones casi muertas, tornando al contrato de donación en un instrumento de museo por los múltiples ataques que padeció a causa de la protección de la legítima.

La ley ha procurado evitar que la protección de la legítima se convierta en un derecho absoluto en detrimento de la circulación de los bienes y del ejercicio del derecho de dominio por parte de los donatarios, quienes quedaban sometidos a plazos mayores incluso que el previsto para la indivisión forzosa.

### *VIII.3. Impacto de la ley 27.587 en la acción de reducción*

Lo dicho precedentemente con respecto a la acción de reducción por parte del descendiente preterido, o nacido después de la partición-donación, o que ve afectado el valor de su proporción en la cuota de legítima, se ve modificado por la reforma de los arts. 2386, 2457, 2458 y 2459.

Ello así porque al revestir la partición por ascendiente en caso de partición-donación la naturaleza de la donación, a la que se le añade lo propio de la partición, la acción del descendiente donatario al que se le hubiera asignado una proporción menor a lo que le corresponde por su cuota de legítima se ve afectada por las modificaciones de la 27.587.

El art. 2417 fue redactado dentro del marco de lo que prescribía el Cód. Civ. y Com. en el art. 2386 según el cual en su redacción anterior decía: “La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora *está sujeta a reducción por el valor del exceso*” (ley 26.994).

Dicha norma redactada en el tít. VIII, cap. 3 referido a la colación de donaciones —no en el tít. X sobre porción legítima— se había apartado de su norma fuente, el Proyecto de 1988, que en su art. 2430 decía: “La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora *está sujeta a colación, debiendo compensar la diferencia en dinero*”.

La modificación de la ley 27.587 vuelve a la doctrina que surge de la norma fuente, apartándose del criterio que había asumido el código vigente.

En consecuencia, el art. 2417 debe interpretarse en el marco de la nueva normativa, modificatoria del alcance de la acción contra el donatario y contra los terceros de buena fe a título oneroso.

Con respecto a los antecedentes doctrinarios de este tema tan conflictivo y a la interpretación de las reformas introducidas por la ley 27.587 remitimos a nuestro trabajo anterior publicado poco después de la sanción de la ley (5).

Obviamente la citada reforma ha propiciado la libre circulación de los bienes registrables objeto de una donación anterior. De su lectura puede concluirse que después de la sanción de la ley 27.587, las donaciones realizadas en favor de los descendientes o del cónyuge del donante se mantienen siempre en la órbita de la colación, y solo pueden compensarse en dinero, recomponiendo el valor de las porciones legítimas afectadas. Los coherederos del donatario no pueden atacar la donación en sí, ni pretender

(5) CAPPARELLI, Julio C., "Donación a un descendiente o al cónyuge. Modificación sobre la acción de colación y reducción. Ley 27.587", LA LEY del 22/02/2021.

del beneficiario ni de los terceros adquirentes la restitución de la cosa donada **(6)**.

Esta reforma es aplicable tanto a las donaciones singulares cuanto a la partición-donación por ascendiente.

Conviene destacar que si bien en las donaciones singulares está el riesgo de que se haga a favor de un descendiente, quedando fuera otro descendiente que quizás a la muerte del donante no pueda hacer efectiva la percepción de su cuota de legítima si no hubiera bienes suficientes en el acervo hereditario, en el caso de la partición-donación por ascendiente el riesgo se minimiza o es casi inexistente, por cuanto en ella se colacionan los beneficios si corresponde y se adjudica a cada descendiente lo que le corresponde, por lo cual resulta un acto mucho más transparente e incuestionable que la donación singular.

La partición-donación resulta un pacto en el que todos intervienen y pueden tomar conocimiento de los valores, de si corresponde alguna atribución preferencial, si hubiera un exceso a favor de uno de los descendientes y si este estuviese cubierto con una mejora expresa.

En fin, pensamos que en el marco de la normativa vigente esta institución está llamada a cobrar nueva vida y a convertirse en un útil instrumento de programación hereditaria.

### **IX. La importancia del valor de los bienes**

El art. 2418 dice: “En todos los casos, para la colación y el cálculo de la legítima, se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que se hacen las donaciones, apreciado a valores constantes”.

Vélez Sarsfield no hizo referencia alguna con respecto al momento en que debía determinar-se el valor de lo donado en materia de colación. Si lo hizo en el caso de la legítima. El art. 3602 en su texto original decía: “Para fijar la legítima, se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bie-

nes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones del mismo testador al tiempo en que las hizo”. Los autores aplicaron esta solución también al caso de la colación.

Lamentablemente la época en que se sancionó el código y las primeras décadas del siglo veinte, y los tiempos y peripecias políticas y económicas que se sucedieron fueron muy distintas.

El prestigio de nuestro signo monetario y su estabilidad quedó en el pasado. Es así como diferentes procesos inflacionarios alteraron el marco social en el que debió aplicarse la ley. Como consecuencia de estos avatares no solo se devaluó el peso, sino que hubo cambio de monedas quitándole ceros a la existencia y modificando incluso su denominación.

Siendo la colación una obligación de valor hubo de ser tenido en cuenta todo esto. En las Primeras Jornadas de Derecho Civil del año 1963 se estableció que la colación es una obligación de valor y que, por lo tanto, en la determinación del monto de lo colacionable debía tenerse en consideración la alteración del poder de cambio de la moneda y preverse su reajuste para alcanzar la igualdad.

También para el cálculo de la legítima estas circunstancias debieron ser tenidas en cuenta.

Esto motivó la reforma del art. 3602 por la ley 17.711, que en su parte pertinente estableció que al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones, aplicando las normas del art. 3477. A su vez el art. 3477 que se ocupa de los valores que deben ser colacionados recibió el siguiente agregado: “Dichos valores deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sea que existan o no en poder del heredero. Tratándose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias”.

El criterio sentado por la norma no siguió las recomendaciones de las Jornadas de Derecho Civil, al no remitirse al momento de la partición sino al momento de la apertura de la sucesión.

El texto legal del código vigente vuelve al criterio anterior. En el art. 2385, párr. 2º, que se

---

(6) MAZZINGHI, Jorge A. M., "La ley 27.587 persigue un fin específico y se lleva por delante instituciones importantes del derecho civil", RCCyC 2021 (marzo), 37, AR/DOC/109/2021.

ocupa de la colación, dice que el “valor se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación”. También, al tratar la legítima en el art. 2445, establece que el cálculo de la legítima se realiza “sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación”.

Se toma en cuenta entonces el valor de lo donado cuando efectivamente se hizo la donación, pero para evitar resultados alejados de la equidad se establece que debe apreciarse a valores constantes.

Es justo que el valor de los bienes se tenga en cuenta al tiempo de la donación. Es el que ha tenido en cuenta el propio ascendiente para efectuar un reparto igualitario, a la par que colaciona los beneficios que hubiera hecho a favor de alguno de los copartícipes.

Las cosas crecen o perecen para su dueño y los donatarios se convierten en propietarios desde el mismo momento en que se les han transferido los bienes.

Luego los valores pueden modificarse por el hecho propio o por circunstancias ajenas. Estas modificaciones nada tienen que ver con los valores tenidos en cuenta por el ascendiente que ha otorgado la partición por donación.

La norma agrega que deben ser “apreciados a valores constantes”, con lo cual permite una actualización de los valores cuando deben hacerse los cálculos (7).

(7) En un viejo fallo, con relación al valor de los bienes, al haber sido cuestionados los valores de la partición por donación la sentencia de primera instancia dice: "Si se tomase en cuenta los valores al momento del fallecimiento para apreciar el valor de los lotes, toda partición por donación, estaría herida de muerte *ab initio*. En efecto, suponiendo que en ella se haya distribuido distintos bienes entre los hijos y que el fallecimiento de los padres se produzca varios años después, sería difícil, por no decir imposible, que todos esos bienes se hayan valorizado exactamente en la misma proporción. Y bastaría que se hubiera producido el menor desequilibrio entre ellos, para que la acción de nulidad procediera". Este criterio sentado por Borda como juez de primera instancia es ratificado por la Cámara que al respecto dice: "cuando se

## X. Garantía de evicción

Según el art. 2419, “[l]os donatarios se deben recíprocamente garantía de evicción de los bienes recibidos.

La acción puede ser ejercida desde que la evicción se produce, aun antes de la muerte del causante”.

La norma tiene como antecedente el art. 3535 del Código, que establece el derecho de demandar la garantía de las cosas comprendidas en sus porciones desde la evicción de ellas. La actual se limita a la garantía de evicción porque estos son los derechos que pueden ejercerse antes de la muerte del ascendiente

Con mejor técnica en este punto que el proyecto del año 1998, esta norma llena el vacío legal que en aquel proyecto se había generado.

La doctrina analizó los efectos de la partición por donación y distinguió los que se producían antes de la muerte y después de la muerte del ascendiente.

Antes de la muerte podía pedirse la nulidad del acto, se citaba la responsabilidad por las deudas del ascendiente y la garantía de evicción.

El texto actual elimina la acción de rescisión; aunque no le dedique un párrafo específico siempre es posible la nulidad como en todo acto jurídico. No establece una acción de los acreedores contra los donatarios con carácter subsidiario, rigiéndose por los principios generales.

En materia de evicción, si se produce, es lógico que la igualdad se conserve, lo que justifica el ejercicio de este derecho. La mención acerca del ejercicio de este derecho aún antes de la muerte del causante no es necesaria, pero la atribuimos a los antecedentes de la norma, para que quede en claro que por la partición por donación se adquieren los derechos en forma irrevocable y su naturaleza particionaria exige la igualdad, lo

quiere demostrar que las adjudicaciones han sido desparejas en su valor, los únicos valores que pueden tenerse en cuenta son los de la época de las adjudicaciones" (CNCiv., sala D, 12/05/1952, "Hahn de Vaillant, Paula c. Hahn, Ernesto A. y otros", LA LEY, 70-684).

que fundamenta la acción de evicción cuando ella se produzca.

### **XI. Posibilidad de revocación parcial o total**

Según el art. 2420, “[l]a partición por donación puede ser revocada por el ascendiente, con relación a uno o más de los donatarios, en los casos en que se autoriza la revocación de las donaciones y cuando el donatario incurre en acto que justifican la exclusión de la herencia por indignidad”.

El ascendiente que efectúa la partición por donación con sus descendientes puede por excepción revocarla. Esta revocación puede ser total si comprende a todos los donatarios o bien parcial, con respecto a uno o a varios donatarios conservando el acto plena eficacia.

La ineficacia resulta con respecto a uno o más donatarios determinados en los casos que se autoriza la revocación de las donaciones previstos en el art. 1569. Esta norma remite a la inejecución de los cargos regulada en el art. 1570. Obviamente debe de tratarse de cargos que requieren ser cumplidos en vida del ascendiente, de lo contrario la revocación no será posible. También remite a los supuestos de ingratitud previstos en el art. 1571.

Es de hacer notar que también es revocable en caso de supernasencia de hijos del donante si así se hubiera estipulado expresamente. El nacimiento del hijo con posterioridad a la partición por donación daba lugar a la nulidad, disposición que ha quedado sin efecto; puede ser previsto como causa de revocación si se hace mención expresa de ello.

El art. 1573 limita la acción al donante y la extiende a sus herederos quienes pueden continuar la que hubiere promovido el donante pero no tienen legitimación si el donante no la hubiera iniciado. Esto porque el último párrafo del art. 1573 señala que la acción se extingue si el donante con conocimiento de la causa perdona al donatario o no la promueve dentro del plazo de caducidad de un año de haber sabido del hecho tipificador de la ingratitud.

La revocación también es posible cuando el donatario incurre en actos que justifican la

exclusión de la herencia por indignidad. Esta mención es importante porque habiendo prescindido la ley del instituto de la desheredación, en el caso de partición por donación el ascendiente tiene la posibilidad de revocarla respecto de ese heredero cuya indignidad de lo contrario habría dependido del coheredero legitimado para pedirla ya que no procede de oficio.

### **XII. Partición por testamento**

La partición por testamento no ha sido muy utilizada, quizás por el desconocimiento de la figura. No se encuentra otra explicación, ya que no genera problemas especiales.

Sin embargo, hay algunas preguntas que surgen que son propias de las disposiciones testamentarias, a menudo tratadas con respecto a los legados.

### **XIII. Caso de enajenación de bienes con posterioridad al testamento**

Tal como lo establece el art. 2421, “[l]a partición hecha por testamento es revocable por el causante y solo produce efectos después de su muerte. La enajenación posterior al testamento de alguno de los bienes incluidos en la partición no afecta su validez, sin perjuicio de las acciones protectoras de la porción legítima que pueden corresponder.

Sus beneficiarios no pueden renunciar a ella para solicitar una nueva partición, excepto por acuerdo unánime”.

La primera parte del artículo nos recuerda que el testamento, en cualquiera de sus formas, es revocable por el testador.

La segunda parte se ocupa de la disposición de los bienes posterior al testamento. Queda claro que el testador conserva su libertad.

En el caso de partición por testamento el principio general es la validez de la enajenación de objetos comprendidos en la partición y la subsistencia del testamento en el que el ascendiente ha hecho la partición. El modo de armonizar ambas cosas es dejando a salvo la legítima.

La última parte del texto se ocupa de la aceptación de la herencia que incluye la aceptación

de la partición. Por lo tanto, solo pueden renunciar a la partición renunciando a la herencia. Sin embargo, el nuevo texto ofrece la posibilidad de aceptar la herencia y pedir una nueva partición si hubiera unanimidad.

El viejo art. 3536 del Cód. Civil contenía una acción de rescisión y el 3537 una acción de reducción. La discusión doctrinaria con respecto a estas acciones, si se trata de la misma o si son diferentes, ha sido dejado de lado. Si el reparto no fuera igualitario la única acción de tendrá el heredero será la de reducción contra el descendiente favorecido si hubiese recibido un excedente de su cuota de legítima. No podrá pedir que la partición quede sin efecto, salvo que lo pidan por unanimidad.

El testamento mantiene entonces su validez siendo la acción de reducción suficiente remedio para la salvaguarda de la legítima.

Si la partición testamentaria, considerada aisladamente, afectó la legítima de uno de los herederos, habrá que considerar si otros bienes no incluidos en la partición permiten completarla.

Los autores suelen mostrar esto con el siguiente ejemplo: si un ascendiente hace una partición testamentaria en la que —sin hacer mejora expresa— le entrega a uno bienes por valor de \$ 700.000 y a otros bienes por valor de \$

300.000, aparentemente la partición sería atacable. Pero si al morir deja otros bienes por valor de \$ 1.000.000 la partición es válida, porque estos bienes permiten completar la legítima.

Si no hubiera otros bienes para completar la legítima, cabe la acción de reducción contra el que ha recibido en exceso. El principio es la validez de la partición y el remedio es la reducción contra el heredero beneficiado en exceso. En realidad, la acción es la de complemento del art. 2451, que permite al perjudicado completar su porción legítima.

Si el testamento además de efectuar una partición parcial, instituyera herederos de cuota o dispusiera legados, resulta aplicable el art. 2452 de reducción de disposiciones testamentarias.

Y si el testador hubiera efectuado donaciones singulares es de aplicación el art. 2453 sobre reducción de donaciones.

De todas maneras, si el conflicto solo existiera entre los herederos beneficiarios de la partición testamentaria un acuerdo unánime los habilitaría a celebrar una nueva partición.

Con respecto a la acción de reducción y sus efectos vale lo expresado precedentemente con respecto al impacto de la ley 27.587 con respecto a las normas de colación y legítima.

# Los pactos autorizados sobre la herencia futura y la colación

Luis A. Ugarte (\*)

**Sumario:** I. Introducción sobre la colación.— II. Definición actual de colación. Elementos.— III. Mejora o dispensa de colación.— IV. Posibilidades de la dispensa.— V. Pactos prohibidos y autorizados sobre la herencia futura.— VI. Preguntas finales.

A raíz de la organización del Departamento de Derecho Privado 2 de la Facultad de Derecho (UBA) intervine en un panel de expositores en las Jornadas Preparatorias de las próximas Jornadas Nacionales de Derecho Civil a realizarse en Mendoza el 22, 23 y 24 de septiembre de 2022, por lo que aprovecho para mandar esta síntesis, que puede ser de utilidad.

Estimo que dicho encuentro debe servir para presentar temas de reflexión que puedan incentivar a preparar ponencias para enviar y que una vez aprobadas sean futuras recomendaciones sobre la interpretación o modificación de nuestras leyes.

Me referiré exclusivamente al problema de los pactos autorizados sobre la herencia futura y su vinculación con la colación, o si se quiere con mayor precisión con la dispensa de colación (1).

## I. Introducción sobre la colación

Dentro de la defensa de los parientes más cercanos al causante y de su cónyuge, la ley trata de

---

(\*) Abogado (UBA); doctor en Ciencias Jurídicas (UCA); profesor titular ordinario de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA y UADE); director de la carrera de Especialización en Derecho de Familia (UBA); Profesor de la Maestría en Derecho Patrimonial (UCA) y en cursos de posgrado (Univ. Notarial Arg.).

(1) Actualizo también el artículo que escribí sobre "La dispensa de colación", LA LEY del 09/10/2017, 1 - LA LEY, 2017-E, 1075. DFyP 2017 (nov.), 136, AR/DOC/2578/2017 y que retomamos en el "Tratado de derecho de las sucesiones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, con la Dra. Lidia B. Hernández.

evitar favoritismos y propone mantener la igualdad.

Igualdad que es propia de la sucesión intestada o en la testamentaria que ratifica el llamamiento de la ley, porque todos los herederos del mismo rango tienen la misma cuota hereditaria y desde la ley 23.264 de 1985 no existen diferencias sucesorias entre descendientes matrimoniales y extramatrimoniales.

Igualdad que también se advierte en la partición, que es el único modo de concluir la indivisión hereditaria, según el art. 2363 del Cód. Civ. y Com.

El respeto a la igualdad de los concurrentes es uno de los efectos de la partición, porque razones de equidad y justicia apuntan a evitar disparidades en la distribución de la herencia.

La igualdad como consecuencia de la partición se advierte al contemplar, por ejemplo, de la garantía de evicción de los bienes adjudicados (art. 2404 y ss.) o la posibilidad de sorteo en la asignación de los lotes en la partición judicial, previsto en el art. 2378 del Cód. Civ. y Com.

Decimos esto porque la colación es una operación de la partición, algunos dicen que es un incidente dentro de la partición, otros le asignan el carácter de operación previa a la partición; aunque la colación tramita por proceso de conocimiento pleno, por juicio ordinario que se radica ante el juez del sucesorio, pero se sustancia separadamente.

Entonces, por un lado, vemos que la voluntad del legislador es que todos los llamados "herederos forzosos" (son forzosos para el causante pero no son forzosamente herederos) tengan las mismas expectativas sobre el patrimonio familiar.

La colación realiza el equilibrio y la paridad de trato entre los coherederos, obligando a los que ya han recibido liberalidades del causante a conceder a los demás el valor de lo percibido.

Por eso Zannoni enseñaba que las donaciones efectuadas por el causante no mejoran, sino anticipan los valores de la futura sucesión.

Del derogado art. 3476 del Cód. Civil resultaba que la ley presume que toda donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante solo importa anticipación de la porción hereditaria.

Y el art. 2385 concordado con el art. 2391 Cód. Civ. y Com. contempla que las donaciones y liberalidades convencionales a descendientes y cónyuge deben colacionarse en la sucesión intestada y en la testamentaria si el testador llama a recibir las mismas porciones que les corresponderían en la sucesión intestada, salvo dispensa o cláusula de mejora, con lo que viene a ratificar que estas liberalidades a ciertos legitimarios son anticipos del causante de lo que le corresponderá en herencia.

El fundamento de la colación, decía Zannoni, debe hallarse en una directiva del derecho hereditario, verdadero estándar jurídico, consagrado en la ley que pretende mantener la igualdad entre los legitimarios (sin perjuicio de que el testador pueda quebrarla mejorando a cualquiera de ellos en los límites de su porción disponible). Se trata, quizá, de una reminiscencia que apunta al fundamento mismo del derecho sucesorio basado en la copropiedad doméstica, de origen germano, frente al cual todos los herederos están en situación de igualdad (2).

Por su parte, Guastavino indicaba que la colación busca eliminar, luego de la muerte del

donante, el efecto del desequilibrio patrimonial que fue provocado por las donaciones que el causante hizo en vida a un heredero forzoso, existiendo otros herederos forzosos.

Con la colación, esas donaciones quedan transformadas en una ventaja de tiempo (anticipación de la cuota), y no en una ventaja de contenido (no hay mayor caudal para un heredero que para otro) (3).

El propio Vélez Sarsfield explicaba en la nota al art. 3478 que la colación no se ordena sino para establecer la igualdad entre los herederos.

Por lo tanto, la colación se traduce en que el donatario reciba o tome de menos si la donación es inferior a la parte hereditaria del obligado, no reciba nada si la donación coincide con su parte o bien que deba restituir el exceso de su hijuela si la liberalidad supere la cuota del obligado en la partición, para la distribución igual de la herencia entre los más cercanos.

Por la computación e imputación de valores se demuestra que el anticipo de herencia es beneficio en tiempo, pero no en contenido, acorde con el criterio de la colación ficticia.

## II. Definición actual de colación. Elementos

El Cód. Civ. y Com. encuadra a la colación como la obligación que incumbe a los descendientes y cónyuge supérstite que concurren a la sucesión legítima, —o testamentaria en que el testador llame a recibir las mismas porciones que les corresponderían en la sucesión intestada— con otros coherederos de igual rango, de computar en la masa partible el valor de donaciones o beneficios convenidos con el causante durante su vida a fin de procurarles una ventaja particular, con imputación a su propia hijuela, como operación de partición, salvo dispensa o cláusula de mejora expresada en la donación o testamento.

Hoy se colacionan también siguiendo a Diez Picazo y Gullón, no solamente las donaciones

(2) ZANNONI, Eduardo A., "Derecho de las sucesiones", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, 4ª ed., t. I, nro. 743, p. 738.

(3) GUASTAVINO, Elías P., "Colación de deudas", Ediar, Buenos Aires, 1964, p. 25, cit. por PÉREZ LASALA, Fernando, "Colación: divisibilidad de la obligación y cálculo en la partición", RDFyP, año VI, nro. 3, abril 2014, p. 107.

puras y simples a los obligados a colacionar, sino también las atribuciones lucrativas (4) u onerosas, en lo que excedan el valor de la carga.

Se reseñan como elementos de la colación: 1) la pluralidad de concurrentes (ahora descendientes y cónyuge); 2) el ámbito de funcionamiento (ahora sucesión intestada o testamentaria con igual llamamiento que la ley); 3) la computación del valor de lo donado en la masa partible, ya que nada de lo donado se devuelve, como decía Borda (5); 4) la imputación a la hijuela del donatario de ese mismo valor (que traduce que esa liberalidad fue anticipo de su herencia) y 5) la ausencia de dispensa o cláusula de mejora.

### III. Mejora o dispensa de colación

La igualdad propiciada como base de la distribución de la herencia puede ser alterada por decisión del donante, benefactor o testador, dentro de los límites de la parte disponible, sin afectar la porción legítima de los legitimarios, mediante la cláusula de mejora o dispensa de colación.

Si el donante fuese más allá y afectase la legítima, tradicionalmente operaba la reducción (de cláusulas testamentarias instituyendo herederos de cuota o legados o de donaciones inoficiosas) y a partir de la vigencia de la ley 27.587 (BO 16/12/2020) si la liberalidad beneficia a descendientes o al cónyuge, se dispone admitir la colación con fines de reducción, dejando la reducción para donatarios terceros, o frente a los ascendientes.

Esta reforma parcial del Cód. Civ. y Com. ha diluido las distinciones entre colación y reducción y limitado efectos reipersecutorios de esta última.

---

(4) Según el art. 1035 del Cód. Civil de España: "El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de este, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición".

(5) BORDA, Guillermo A., "Manual de sucesiones", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 16ª ed., p. 222.

Muchas veces se confunde la colación con la protección legitimaria, y las acciones protectoras tienen puntos de contacto y diferencias.

Esos puntos de contacto se hacen más evidentes a partir de la reforma parcial del Cód. Civ. y Com. de 2020 (ley 27.587) que introduce la colación con fines de reducción y admite una acción personal y creditoria en lugar de la acción con efectos reales.

Las acciones protectoras de la legítima ya fueron objeto de recomendaciones en diversas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (6).

### IV. Posibilidades de la dispensa

Si la donación se imputa a la parte disponible cuando hay mejora, la colación es lo opuesto a esa imputación porque persigue la igualdad entre los coherederos legitimarios.

O sea que la donación o beneficio se imputa a la parte legítima si se colaciona o a la parte disponible si se dispensa.

En el anterior Código Civil, la dispensa solo podía hacerse por testamento en los límites de la porción disponible, aunque estaba discutido si procedía en la donación de padres a hijos con imputación expresa a la parte disponible y en el art. 3604 del Cód. Civil (hoy 2461) al que se refirió o va referir LBH. El resultado de esta última disposición, decía Guastavino, es que frente a la donación simulada indirecta, entonces con reserva de usufructo o con cargo de renta vitalicia a favor del transmitente, existían dos posibilidades que colocaban al donatario en posición privilegiada: o bien que la transmisión fuera encuadrada en el ámbito del art. 3604, con colación o reducción del exceso; o bien, por similitud de situaciones y probada la intención de dispensa, que se le permitiera liberar de la colación (7).

IV.1. Ahora, en el Cód. Civ. y Com., se permite la dispensa expresa en el acto la donación (art. 2385).

---

(6) XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2001.

(7) GUASTAVINO, Elías P., "Colación de donaciones disimuladas", JA 1961-III-46.

IV.2. También en el testamento, por el art. 2385, pero no son los únicos supuestos.

IV.3. Admitida la ampliación de actos colacionables a beneficios derivados de convenciones celebradas con (o por) el causante durante su vida con el fin de procurarles una ventaja particular, estas convenciones pueden contener la dispensa de colacionar. Esto lo prevé la última parte del art. 2391, que excepciona de la colación en los casos de dispensa y a lo dispuesto para el heredero con discapacidad en el art. 2448.

IV.4. La mejora estricta del art. 2448 aparece como una mejora tácita o si se quiere como una mejora legalmente impuesta; que libera de colacionar al descendiente o ascendiente con discapacidad, a quien se le asigna además de la parte disponible, el tercio de la legítima.

IV.5. En la partición por el ascendiente a su descendiente, por donación, se impone al ascendiente, al hacer la partición, colacionar el valor de los bienes que anteriormente hubiese donado y fuesen susceptibles de colación (art. 2413); pero puede mejorar al descendiente o al cónyuge dentro de la parte disponible, si lo manifiesta expresamente (art. 2414, Cód. Civ. y Com.).

IV.6. En el art. 2461 en caso de transmisión de bienes a los legitimarios también implica mejora, porque imputa el valor de los bienes a la parte disponible y colaciona o reduce el excedente.

IV.7. El último párrafo del art. 2385 Cód. Civ. y Com. dispone que “[e]l legado hecho al descendiente o al cónyuge se considera realizado a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario”. Pero esta disposición es opinable porque todo legado, tanto por la mecánica de entrega del legado como por el orden de la reducción se imputa siempre a la parte disponible y es inoficioso si lesiona la legítima. También el testador podría disponer que el valor del legado sea computado a la masa de legítima del legatario del caso, para no alterar el principio de igualdad. Se trata de un prelegado al descendiente o cónyuge que la ley presume con dispensa de colación empleando el término de colación en un sentido amplio, como computación del objeto legado a la masa de legítima y con imputación a la parte dispo-

nible, salvo expresión en contrario. Solamente debería reducir o ahora colacionar el excedente para salvar la legítima del legitimario reclamante. Este prelegado de la norma no puede ser anticipo de herencia porque el legado adquiere eficacia con la muerte del testador, por lo que, si se instituye herederos universales a los legitimarios y a uno de ellos también se lo beneficia como legatario, tendríamos un supuesto de prelegado imputable a mejora tácita, atribuyéndolo a la porción disponible del legitimario, siempre que no exceda esa parte disponible. El nuevo ordenamiento robustece la importancia del testamento como forma de dispensa de la colación o mejora, dando mayor campo de acción a la voluntad testamentaria.

El tema se emparenta con la decisión misma de la dispensa, si es un acto del donante o testador (Santos Briz, Roca Sastre) o si integra el contrato y fue condición de la aceptación de la donación que el donatario quedara dispensado de colacionar.

En mi opinión, siempre fue un acto unilateral y revocable por testamento ulterior.

La revocación de la donación, por otra parte, en los casos en que procede, apareja la revocación de la dispensa, dado que esta cláusula es accesoria de la liberalidad principal y debe seguir su suerte.

Pero la revocación de la dispensa de colacionar ulterior, no implicará —por principio— la de donación; salvo que esa dispensa hubiera formado parte del negocio lucrativo y aceptada por el donatario como conjunto global, por lo que su revocación (de la dispensa) alterase la base misma del negocio. En este último caso se aceptó la donación, por subsistir la expectativa del beneficio hereditario y si se admite la revocación unilateral, se debería admitir la renuncia por el donatario a la donación (8).

## V. Pactos prohibidos y autorizados sobre la herencia futura

El art. 1010 contempla en la primera parte la prohibición genérica de los pactos sobre la

(8) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, "Sistema de derecho civil", p. 588.

herencia futura, pero en el segundo párrafo la misma norma los autoriza para prevenir o solucionar conflictos o conservar la unidad de la gestión empresarial, de explotaciones productivas o participaciones societarias de cualquier tipo, permitiendo que en su objeto incluya futuros derechos hereditarios y establezca compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge ni los derechos de terceros.

Se trata de pactos dispositivos porque contratan sobre algún objeto comprendido en la herencia o ceden o distribuyen la herencia, pero no son institutivos de herederos o legatarios, ni renunciativos del derecho eventual a la herencia.

Son actos bilaterales o plurilaterales, onerosos o gratuitos y por principio irrevocables en cuanto al contrato o a la distribución, pero en mi modo de ver no en cuanto a la imputación de liberalidades que se reconocen por otras directivas del derecho sucesorio. Y por otro lado disponen de derechos eventuales, que pueden haberse modificado a la muerte.

También es interesante determinar si el pacto autorizado refiere a derechos actuales o eventuales. Porque si se traduce en donaciones al descendiente o al cónyuge (separado de bienes o por convención matrimonial) la transmisión de la propiedad es actual y no espera a la muerte. Pero en los demás supuestos afecta derechos eventuales, permitiendo entonces al futuro causante disponer de esos derechos, que aún no fueron objeto de transmisión hereditaria hasta su muerte, por testamento o por otro acto entre vivos. Casos en que los pactos no restringen la potestad de disposición del titular de los bienes, por tratarse de contratos sobre derechos eventuales, que pueden o no estar en el patrimonio relicto.

Esta autorización legal de celebrar pactos sucesorios puede significar otorgar a un descendiente o al cónyuge su porción legítima y la parte disponible, y así también salvar o no, la legítima de los restantes legitimarios.

En este último caso, cuando no se salva la legítima, esto va a acarrear la nulidad, porque solamente el art. 1010 señala que son válidos estos pactos si no se afecta la legítima hereditaria. Esto hace inaplicable la colación con fines de reducción incorporada en el art. 2386 por la ley 27.587 de noviembre de 2020, ya que entiendo que la sanción es la nulidad.

Si la atribución de la parte legítima y de la parte disponible no lesiona la legítima de los restantes legitimarios, el pacto será válido, por disposición del nuevo art. 1010 segunda parte.

Supongamos que se constituya una sociedad anónima entre el padre y uno de los hijos, en cuyo acto de constitución el aporte declarado es similar, siendo que en realidad fue el padre quien aportó mayoritariamente el capital de la empresa.

En el contrato social ambos son titulares de la misma cantidad de acciones, y sin embargo la segunda parte del art. 1010 del Cód. Civ. y Com. autoriza a incluir disposiciones sobre futuros derechos hereditarios, es decir que podría el padre de nuestro ejemplo evitar la simulación de aportes e imputar su aporte dispar a la parte disponible, dispensando de colacionar al hijo socio.

Se trataría de un pacto relativo a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención solución de conflictos; en el caso, la obligación de colacionar.

En el ejemplo dado, se trataría de una empresa familiar, cuyo pacto de socios pueden incluso vincularse a la transmisión de la empresa y que pueden alcanzar y ser obligatorios a distintos parientes, de varias generaciones o a terceros, si no afectan la legítima o los derechos de esos terceros.

Incluso comparando las discusiones generadas en derecho comparado frente a la dispensa en la donación, el campo de acción sería más amplio en estos pactos que el de la dispensa en la misma donación, cuyo alcance se ha cuestionado.

Así, véase que el art. 1036 del Cód. Civil de España dispone: “La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa”.

Al respecto, indica Luis Roca Sastre Muncunill que el caso del art. 1036 del Cód. Civil sobre la dispensa de la colación de lo donado no comporta en realidad un contrato sucesorio, pues como dice Puig Brutau no se trata de que el donante y donatario pacten esta dispensa en la donación, sino que es una previsión expresa del causante al efecto, siendo la colación una regla integrante de la propia partición hereditaria; lo que será irrevocable salvo que se haga en un testamento ulterior (9). Esta doctrina distingue, como vemos, la obligación del donante de transferir gratuitamente la cosa al donatario, que este acepta (art. 1542, Cód. Civ. y Com.), de la imputación dispuesta por el donante que no se encuentra comprendida en la aceptación del donatario.

En cuanto a las compensaciones en favor de otros legitimarios (si se trata de descendientes o cónyuge) que puede contener el pacto, se parecen mucho a las sumas dinerarias del donatario que colaciona en los supuestos en que la anticipación de herencia lo benefició por un valor mayor a su hijuela particionaria.

Y aquí aparece el interrogante, esto es si esas compensaciones se pueden asimilar a una dispensa de colación o cláusula de mejora, o no alteran el criterio de igualdad que veníamos señalando, que es un tema a pensar para las Jorna-

das Nacionales de Derecho Civil de Mendoza de septiembre de este año.

Puede ser que la compensación prevista en el pacto tienda a igualar o bien que apunte a alterar dicha paridad de expectativas, sin transgredir la porción legítima de los restantes herederos (requisito de validez actual del pacto en la norma vigente). Esto es por cuanto el pacto puede otorgar la parte legítima y también la parte disponible a un descendiente o al cónyuge, y sin embargo no afectar la legítima de los restantes.

## VI. Preguntas finales

Si el pacto sobre la herencia futura autorizado contiene la atribución al legitimario de su porción legítima y de la parte disponible y no altera la legítima de los restantes, nos preguntamos si entonces esto va a alterar la igualdad o su finalidad es otra, como priorizar la gestión del establecimiento productivo, de las participaciones sociales de cualquier tipo y prevenir o solucionar futuros conflictos.

Considerarlo mejora tácita o mejora legal por las compensaciones autorizadas, ¿es acorde con la prevención de conflictos o tiende a mejorar la administración?

Otra cuestión para plantearse es si podemos interpretar que la finalidad de la ley se cumple, si rompe las expectativas de igualdad entre los coherederos, aunque no agrave la legítima de los restantes legitimarios concurrentes a esa sucesión. O si se exige manifestación expresa de dispensa de colación cuando el pacto se celebra con el causante, su cónyuge y los herederos.

Todos estos interrogantes pueden ser objeto de debate en las próximas Jornadas Nacionales, a cuyas ponencias y conclusiones cabe remitir sobre el tema tratado.

(9) ROCA SASTRE MUNCUNILL, "Derecho de sucesiones", t. III, p. 550, con cita en nota 1249 de PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V, 3, p. 446, Ed. Bosch, Barcelona, 1994.



# COMISIÓN N° 9. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ENFOQUES ACTUALES EN FRAUDE A LA LEY



# El fraude a la ley en el derecho internacional privado: reflexiones actuales sobre una institución clásica

Jonathan M. Brodsky (\*)

**Sumario:** I. Palabras previas.— II. Algunas nociones básicas en torno al fraude a la ley como punto de partida.— III. El fraude a la ley en el derecho internacional privado argentino con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial.— IV. El fraude a la ley en la actualidad en el derecho internacional privado argentino y comparado.— V. Reflexiones finales.

## I. Palabras previas

El fraude a la ley es uno de los temas clásicos del derecho internacional privado (1) y, en particular, de la parte general de la disciplina, de modo que la institución resulta aplicable —en principio— a cualquier supuesto iusprivatista multinacional.

Ahora bien, dentro de esas problemáticas tradicionales del DIPr, el fraude a la ley (cuyo concepto y alcances abordaré más adelante) no es, ciertamente, la que con mayor frecuencia se presenta en los casos concretos con elementos internacionales de la realidad. En este aspecto, se diferencia netamente, por ejemplo, del orden público internacional, cuya consideración aparece de manera constante en numerosos precedentes jurisprudenciales; o de las normas

de policía, empleadas por muy diversos sistemas jurídicos de derecho internacional privado —incluido el nuestro, y desde hace años—, etc. En cambio, el *leading case* argentino de fraude a la ley que seguimos enseñando en la facultad —y al que también me referiré luego— es el fallo “Mandl”, dictado por la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el año 1981. Me parece una circunstancia elocuente, cuanto menos desde la perspectiva sociológica de la cuestión.

Es por ello que, por un lado, celebro la temática escogida para la comisión de derecho internacional privado de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y, por otro, agradezco la amable invitación que me cursara la editorial La Ley para participar en la presente edición de la revista con un trabajo de mi autoría. Es que, como no estaré presente en las jornadas a realizarse en la ciudad de Mendoza, me honra la posibilidad de expresar por este medio algunas reflexiones actuales sobre una problemática iusprivatista clásica que, aunque no se vea tanto, resulta de todos modos tan relevante como de interés.

## II. Algunas nociones básicas en torno al fraude a la ley como punto de partida

Desde mi punto de vista, tratándose el presente de un aporte original sobre enfoques ac-

---

(\*) Abogado (UBA), graduado con diploma de honor y medalla de oro, premio "Raymundo M. Salvat" y premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación"; magister en Derecho Internacional Privado (UBA); profesor adjunto interino de Derecho Internacional Privado y jefe de trabajos prácticos de Obligaciones Civiles y Comerciales y de Elementos de Derecho Procesal Civil y Comercial (UBA); miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y miembro pleno de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado.

(1) En adelante, también "DIPr".

tuales en fraude a la ley, por razones de orden metodológico corresponde dedicar la primera parte del escrito a las nociones generales sobre la figura, a modo de base y de punto de partida para las siguientes secciones, en las que se profundizará en aspectos más específicos.

### *II.1. El fraude a la ley como institución jurídica en general*

El fraude a la ley tiene un concepto particular en el derecho internacional privado. Por ello, antes de abordarlo, conviene hacer la diferencia con la noción de fraude a la ley como institución jurídica en general.

En efecto, enseña Rivera en su insuperable obra (2) y con su habitual erudición que la palabra “fraude” tiene en derecho distintas acepciones: “en un primer sentido, el término fraude se utiliza como engaño y, como tal, es sinónimo de dolo. En una segunda acepción, el fraude identifica a uno de los vicios típicos de los actos jurídicos; es el denominado fraude a los acreedores, que el Cód. Civ. y Com. regula entre los arts. 338 y ss. Finalmente, también se utiliza el término fraude para individualizar a la burla de la ley efectuada mediante el respeto de su letra, pero con violación de su finalidad o espíritu. Este era el fraude a la ley que provenía del derecho romano, según los famosos textos de Paulo y Ulpiano, recogidos en el *Digesto*” (3).

Dentro del DIPr, como lo adelanté, la idea de fraude a la ley es propia de esa disciplina (tendría entonces un cuarto significado posible, específico del derecho internacional privado), pero se asemeja en gran medida a la acepción general mencionada en tercero y último lugar. Y es así porque el fraude a la ley en el DIPr supone la realización de una serie de actos que, si bien individualmente considerados están autorizados por el ordenamiento jurídico, examinados en conjunto dan cuenta de una finalidad ilícita. Volveré sobre este aspecto al referirme al con-

---

(2) Por supuesto, esta es una apreciación absolutamente personal, pero es que se trata —lo digo sin reparos— de la mejor obra jurídica contemporánea que he leído.

(3) RIVERA, J. C., “Instituciones de derecho civil. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, 7ª ed., p. 661.

cepto y a los elementos de nuestro objeto de estudio.

### *II.2. El fraude a la ley como problemática del sector del derecho aplicable y del razonamiento conflictual en particular*

Al derecho internacional privado se le reconoce en la actualidad un triple objeto: la jurisdicción competente, la ley aplicable y la cooperación jurídica internacional. En consecuencia, el estudio de la disciplina se ocupa de tres grandes problemáticas que constituyen sus pilares o “sectores”: i) dilucidar qué jueces (o árbitros) cuentan con competencia para entender en una controversia con elementos internacionales; ii) determinar el derecho que aplicará esa autoridad jurisdiccional para la resolución del caso; y iii) el *quid* de los mecanismos que sirven a la cooperación jurídica internacional, en sus distintos niveles (de mero trámite, probatoria, cautelar y la que consiste en el reconocimiento y —en su caso— la ejecución de una decisión extranjera, ordenados de menor a mayor nivel de intensidad).

Por otra parte, dentro del sector del derecho aplicable, son muy conocidas las alusiones al “pluralismo metodológico” y al “pluralismo normativo”. Ambas voces son muy relevantes, y bastante elocuentes: la primera se refiere al recurso a un abanico de métodos diversos para abordar el sector del derecho aplicable en el DIPr, mientras que la segunda alude a los distintos tipos de normas que pueden dar solución a los casos iusprivatistas multinacionales.

Así pues, en el marco de este pluralismo metodológico, se conocen tres grandes métodos; y correlativamente, existen tres tipos de normas que corresponden a cada uno de ellos:

i) El primero, clásico y tradicional del DIPr, es el método denominado de elección, localizador, indirecto o conflictual. Su exponente moderno más conocido es Friedrich Karl von Savigny, quien con su volumen octavo del “Sistema de derecho romano actual”, publicado en julio de 1849, dio nacimiento al paradigma contemporáneo del derecho internacional privado. Este método persigue ubicar el caso internacional en su sede propia y adecuada, tras elucidar su conexión más esencial con un ordenamiento ju-

rídico, para resolverlo según las consecuencias jurídicas previstas en este último. De tal suerte, el concepto de proximidad es crucial en este método, y se persigue una justicia conflictual en la resolución del supuesto (aplicarle las normas jurídicas del derecho más conectado con él). A su vez, el método de elección da lugar a la norma indirecta o de conflicto —así denominada, precisamente, por su propósito de resolver el conflicto de leyes con vocación para aplicarse a un caso de DIPr—, la cual se caracteriza por darle solución mediante la elección indeterminada, abstracta, neutral y genérica de un ordenamiento jurídico determinado, ya sea el propio nacional del juez o bien uno extranjero. De modo que es imposible conocer el derecho sustancial que resolverá el supuesto iusprivatista multinacional sin antes conectarlo (a través, justamente, del punto de conexión o punto de contacto que contienen las normas de este tipo) con su hipótesis o tipo legal (y de allí el carácter de indirecto del método).

ii) En segundo lugar, está el método directo o de creación, que supone en la elaboración de la misma norma la previsión de la solución material aplicable al caso. A diferencia del método indirecto, el derecho material a ser considerado para resolver el supuesto iusprivatista multinacional no se deriva de un ordenamiento *ab initio* desconocido y solo asequible a través de la localización del problema vía un punto de conexión; por el contrario, la solución de fondo está contenida en la misma norma, que crea la consecuencia jurídica sustancial para el caso de DIPr de que se trate. Precisamente, el tipo de normas que se correlacionan con este método se denominan normas directas o materiales, y tienen como nota característica esa especialidad o especificidad, en el sentido de que son disposiciones expresamente elaboradas para los casos multinacionales, y acorde con su particular naturaleza. Cuando los Estados, en los convenios internacionales que ratifican, logran acordar no ya el punto de contacto que conducirá a la elección de un derecho nacional, sino la solución de la hipótesis legal en sentido sustancial, entonces se produce una verdadera unificación material, que arroja un muy alto grado de previsibilidad y seguridad jurídica; no es sorprendente, por ende, encontrar normas de este tipo ampliamente difundidas en el ámbito del comercio internacional moderno. De todas maneras, la unificación

material solo resulta practicable en determinadas materias, en las que no se verifican grandes resistencias nacionales basadas en ideas de justicia inconciliables (orden público), sino que se comparten los principios subyacentes a esas soluciones (4).

iii) Finalmente, el método de autolimitación se caracteriza por determinar por sí mismo la aplicación del derecho material propio a un caso multinacional, con fundamento en los intensos contactos del caso con el foro, y el propósito de salvaguardar relevantes intereses nacionales (económicos, sociales, etc.). En las normas que arroja este método, llamadas “normas de policía” o “normas internacionalmente imperativas” (entre otras denominaciones posibles), a pesar de la complejidad de su definición, cabe partir de la base de que se limitan a declarar aplicable exclusivamente la *lex fori*, a través de la delimitación de su ámbito de aplicación especial (5). A su vez, a partir de su regulación en importantes instrumentos normativos del derecho comparado, podemos extraer las notas características de las normas internacionalmente imperativas: a) la solución territorialista prevalece sobre la norma de conflicto que podría resultar aplicable a esa categoría de casos de la materia, e incluso sobre las normas directas que pudieran entrar en juego y la autonomía de la voluntad de las partes en los ámbitos en que fuera viable su ejercicio (por ejemplo, típicamente, el de los contratos internacionales); b) por lo anterior, el grado de imperatividad de las normas de policía es máximo: se aplican de manera exclusiva al caso iusprivatista multinacional que contemplan, y excluyen cualquier otra norma que pudiera ser aplicable según su propio tipo legal; c) en presencia de una norma internacionalmente imperativa, el operador jurídico —usualmente, el juez— debería acudir apriorística y directamente a la *lex fori*, pues aunque el caso reclamara la extraterritorialidad del derecho extranjero, prevalecería siempre la aplicación de la norma de policía; por esta razón es que también se las conoce como normas inmediatamente

(4) FERNÁNDEZ ROZAS, J. - SÁNCHEZ LORENZO, S., "Derecho internacional privado", Ed. Civitas, Madrid, 2007.

(5) UZAL, M., "El pluralismo en el derecho internacional privado como una necesidad metodológica", ED 1995-161, ps. 1058-1063.

aplicables (o de aplicación inmediata); d) lo que justifica una solución legal con semejante nivel de imperatividad y forismo es la intención del legislador de preservar importantes intereses políticos, sociales, económicos (lo que incluye políticas fiscales, aduaneras, cambiarias, etc.), de evidente orden público; y e) en consecuencia, las normas de policía son generalmente de fuente interna, creadas por cada legislador nacional según la realidad y circunstancias de su propio Estado, y revisten ese carácter de absolutamente imperativas únicamente en el foro en el que han sido dictadas. Las normas de policía del país cuyo derecho es aplicable —según la *lex indirecta fori* o la elección de derecho acordada por las partes—, o más aún, la de un tercer Estado que guarde vínculos estrechos con el caso, suelen ser de aplicación condicionada, facultativa, posible o incluso inaplicables (6).

En el marco de esta clasificación tripartita, el fraude a la ley constituye un problema que puede presentarse en el sector del derecho aplicable (7) y, con mayor particularidad, en el proceso de razonamiento conflictual que viene aparejado de la aplicación de una norma indirecta. Este extremo quedará evidenciado enseguida, al abordar de manera concreta el concepto, los elementos y los alcances del fraude a la ley en el derecho internacional privado.

### II.3. El fraude a la ley en el derecho internacional privado

El gran maestro del derecho internacional privado argentino, el profesor Werner Golds-

chmidt, caracterizó el fraude a la ley en el DIPr como “la característica negativa del tipo legal”, en razón de ser imprescindible la inexistencia de aquella figura para que la norma de conflicto pueda funcionar normalmente (8). Ahora bien, el fraude recae sobre una característica positiva del tipo legal de la norma indirecta: los hechos subyacentes a los puntos de conexión; y consiste en su “manipuleo fraudulento” (9). De este modo, la institución puede caracterizarse, de un modo aproximativo, como “el intento de los interesados de vivir en un país con la legislación de otro, la cual les permite lo que aquel les prohíbe” (10).

Veamos: la norma de conflicto nos remite (en su caso, luego de analizar el juego del reenvío) a un derecho material nacional aplicable, que puede ser el del Estado del juez o un derecho extranjero, según dónde esté situado el punto de conexión. Frente a ese mecanismo normal del funcionamiento del método de localización, hay supuestos en los cuales el resultado mencionado no debe producirse porque, en realidad, el punto de conexión ha sido alterado de modo artificioso con el fin de evitar la aplicación de normas imperativas. Es que el legislador de la norma de conflicto “describe en el punto de conexión una situación objetiva y real”, que debe ser realizada espontáneamente, y “no artificialmente aparentada por las partes al solo fin de conseguir la aplicación del derecho querido por ellas, escapando a la imposición del derecho querido por el legislador” (11).

(6) SCOTTI, L. - BRODSKY, J., “Los clásicos problemas del derecho internacional privado relativos al derecho aplicable en el nuevo Código Civil y Comercial”, *Revista En Letra*, año II, nro. 4, t. I, “Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación”, agosto de 2015, ps. 72-126, disponible en <https://revistaenletra.files.wordpress.com/2020/08/el-4-i-scotti.pdf>, consultado el 11/07/2022.

(7) Ello no quiere decir que las personas no puedan intentar maniobras fraudulentas vinculadas a los restantes sectores del DIPr: tal sería el caso, por ejemplo, del llamado “fraude a la jurisdicción” (incluido el *forum shopping*). Sobre el tema, puede profundizarse en el excelente trabajo de NAJURIETA, M., “Fraude en el derecho internacional privado”, RDPyC, nro. 4, 1998, ps. 305-321, el cual conserva plena actualidad. No obstante, el típico “fraude a la ley” en el DIPr pertenece al sector del derecho aplicable, por lo que habré de mantener ese enfoque a lo largo del trabajo.

(8) GOLDSCHMIDT, W. - PERUGINI, A. (act.), “Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría pluralista del mundo jurídico”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 10ª ed., p. 168.

(9) En rigor, un estudio exhaustivo del tema llevaría a considerar otros supuestos ajenos a la manipulación de los puntos de conexión que también constituyen un fraude a la ley (por ejemplo, la manipulación de los componentes de una calificación). La complejidad del tema excede los alcances de este artículo, pero el/la lector/a interesado/a puede abordarlo en profundidad en NAJURIETA, M., ob. cit.

(10) GOLDSCHMIDT, W. - PERUGINI, A. (act.), ob. cit., p. 194.

(11) FERNÁNDEZ ARROYO, D. (coord.), “Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 288.

El fraude opera entonces sobre aquellos hechos y —especialmente— actos y negocios jurídicos que el legislador no ha dejado librados a la voluntad de sus protagonistas; es decir, la figura funciona en materias que no han quedado disponibles para la autonomía de la voluntad de las partes, sino que el legislador las ha querido someter a determinada consecuencia jurídica, que valora como justa para atender a ese tipo de situaciones conforme a determinadas relaciones de causalidad y efecto (12).

Además, como se adelantó, la maniobra fraudulenta implica llevar a cabo una serie de actos que, juzgados de manera aislada, son lícitos o legítimos, pero que en su conjunto y por su intención producen un resultado prohibido por la ley. Según la doctrina, tales son, respectivamente, el *elemento objetivo* (o material) y el *elemento subjetivo* (o psicológico o intencional) que conforman el fraude a la ley; en efecto, “en la esencia del fraude se conjugan intención y acción engañosas, las cuales se materializan en la obtención de un resultado distinto al querido por la norma imperativa evadida. He allí su principal diferencia con la violación de ley, pues mientras la conducta que encarna la violación se opone o enfrenta de manera directa al texto de la ley, el acto que constituye el fraude lesiona su espíritu y sentido” (13).

A su vez, en la medida en que la figura contiene, como elemento tipificante que determina su configuración, un elemento subjetivo (la intención fraudulenta de una o más personas en su accionar), dado que aquel resulta de muy difícil demostración, como lo es el dolo, es razonable aceptar su prueba indiciaria en los casos concretos sometidos al conocimiento de las autoridades jurisdiccionales. Precisamente, a tales fines, la doctrina se ha referido a dos indicios típicos de la intención fraudulenta: por un lado, la expansión espacial de las conductas (las partes aparecen en un país extranjero, a veces tan solo representadas, donde no pueden justificar su actuación seriamente sobre la base de motivos valederos); y por otra parte, la contracción

temporal (dichas partes actúan muy aceleradamente) (14). Ambos extremos se han presentado con una notable nitidez en el famoso *leading case* argentino en la materia, el fallo “Mandl”, ya mencionado en la introducción y al que me referiré a continuación.

### III. El fraude a la ley en el derecho internacional privado argentino con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial

#### III.1. El Código Civil de la Nación originario

Nuevamente en palabras de Goldschmidt, el Cód. Civil de la Nación originario (ley 340, sancionada en el año 1869) era defectuoso en la reglamentación de los problemas del derecho internacional privado, y el fraude a la ley no era la excepción. La figura no era tratada sino de manera oblicua en el art. 159, luego derogado y “reemplazado” por el art. 2º de la ley 2393 de Matrimonio Civil, donde era declarado inocuo, en beneficio de la validez del matrimonio y —en aquella época— de la filiación matrimonial de los hijos (15).

Empero, el art. 1207 del *corpus* velezano establecía que “los contratos hechos en país extranjero para violar las leyes de la República, son de ningún valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado”, mientras que el art. 1208 disponía que “los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes de una nación extranjera, no tendrán efecto alguno”. De allí que, según calificada doctrina —la cual comparto—, estos preceptos normativos receptaban la teoría del fraude a la ley, aunque, claro está, circunscripta a la materia contractual, y siendo destacable que no solo se sancionaba el fraude al derecho argentino sino también al derecho extranjero (16).

Por lo demás, la doctrina y la jurisprudencia admitían en forma unánime la figura del fraude a la ley como límite a la aplicación del derecho

(14) *Ibidem*.

(15) GOLDSCHMIDT, W. - PERUGINI, A. (act.), ob. cit., p. 54

(16) KALLER de ORCHANSKY, B., comentario a los arts. 1205-1210, en BUERES, A. (dir.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3-C, p. 73.

(12) UZAL, M., "Derecho internacional privado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, ps. 140-141.

(13) SCOTTI, L., "Manual de derecho internacional privado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, ps. 145-146.

foráneo en casos iusprivatistas multinacionales, y acabada muestra de ello es el ya mentado fallo “Mandl”, tan elocuente como ilustrativo.

### III.2. El caso “Mandl”

El 3 de marzo de 1981, la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en la causa “Mandl, Federico A. M. s/ sucesión”, decidió —por unanimidad de sus integrantes— confirmar la resolución del juez de primera instancia, declarando la competencia de los tribunales argentinos para conocer de dicho proceso y que la sucesión debía regirse por nuestro derecho sucesorio.

Se trataba de una persona de origen austríaco, nacionalizada argentina, con domicilio y bienes en nuestro país, a quien se le detectó una gravísima enfermedad terminal (mieloma múltiple) en marzo de 1977 y que, en menos de seis meses, se trasladó a Austria, donde tenía residencia temporaria y diversos bienes, readquirió su nacionalidad austríaca, fijó su domicilio en ese Estado y otorgó un testamento beneficiando a su quinta esposa en detrimento de otros herederos legítimos (hijos nacidos en el seno de su tercer matrimonio).

Como punto de partida, en este importante precedente se indicó que la naturaleza de la noción de fraude a la ley consiste en un remedio destinado a sancionar las leyes imperativas, pues hay que evitar que, en las relaciones internacionales, la ley imperativa se convierta en facultativa. Así, se precisó —con cita de Pardo— que “cuando se utiliza el tipo legal en forma fraudulenta, la respuesta legal carece de validez, pues se intenta obtener de mala fe un resultado que no corresponde. En el fraude puede haber actos que respetan el texto legal, pero que eluden su aplicación y contravienen su finalidad. Se trata de la utilización de una disposición legal opuesta a la finalidad que tuvo el legislador al sancionarla (medio legal para el fraude) y la reducción del ámbito de aplicación de la ley foral (derecho defraudado). Esta maniobra se lleva a cabo falseando los puntos de conexión para evadirse de la norma legal competente, creándose de esta forma una localización caprichosa que no corresponde a la *ratio legis*”.

Al analizar la cuestión concreta sometida a su conocimiento, los jueces de Cámara ponderaron que la gravedad del estado de salud y la particular situación familiar del causante hacían presumir su propósito de eludir las normas imperativas de la república mediante el cambio de nacionalidad y de domicilio intentados poco tiempo antes de su muerte. Con cita de Niboyet, recordaron dos casos análogos fallados por tribunales europeos (uno de ellos caracterizado por una naturalización fraudulenta, y el otro por un cambio de domicilio *in extremis* y artificioso), y señalaron que las constancias de la causa permitían concluir que “el causante pretendía conseguir mediante el cambio de nacionalidad y de domicilio, colocarse bajo un régimen jurídico sucesorio más ventajoso para determinadas personas en perjuicio de otras, con lo cual procuraba también privar de imperatividad a las leyes de la Nación”.

En definitiva, la utilización voluntaria de los puntos de conexión de la norma indirecta con la intención de eludir la aplicación de las normas imperativas de la República, privó de efectos al cambio de nacionalidad y de domicilio intentados, por lo que se consideró como último domicilio del causante al ubicado en la Capital Federal; y en virtud de lo establecido por los arts. 3283 y 3284 del Cód. Civil, se resolvió que la sucesión debía tramitar ante los magistrados de nuestro país y regirse por el derecho sucesorio argentino.

### III.3. La fuente convencional

A nivel de fuente internacional, rige para la República Argentina, con preeminencia jerárquica respecto de la fuente interna en su ámbito propio de aplicación, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado celebrada en Montevideo en 1979 (en el marco de la “CIDIP II”).

Dicho instrumento, que nos obliga con otros nueve Estados del continente americano, establece en el art. 6º que “no se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el de-

terminar la intención fraudulenta de las partes interesadas”.

Esta disposición ha sido criticada por la doctrina, y con razón, pues lo relevante para que se configure el fraude a la ley es el intento de burlar la imperatividad del legislador ejerciendo la autonomía allí donde está vedada, *afecte ello o no principios fundamentales del ordenamiento jurídico*. Este último aspecto es más propio de la característica negativa *de la consecuencia jurídica*, es decir, del control de orden público internacional, que constituye otra limitación (aunque diferente) a la aplicación del derecho extranjero al que pudiera remitir una norma de conflicto.

#### IV. El fraude a la ley en la actualidad en el derecho internacional privado argentino y comparado

##### IV.1. El Código Civil y Comercial

Por fortuna, desde la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. contamos con normas de DIPr de fuente interna mucho más completas, modernas, sistematizadas y coherentes, lo que constituye un muy significativo avance en relación con el sistema normativo anterior.

Resulta lógico, entonces, que una figura clásica del sector del derecho aplicable como el fraude a la ley haya sido regulada en un precepto de la “parte general” del título sobre DIPr. Se trata del art. 2598: “Fraude a ley. Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto”.

Se ha sostenido que el art. 2598 del Cód. Civ. y Com. se trata de una norma de concepto flexible, que aun así integra los elementos o requisitos que mínimamente lo componen; aprontan la imperatividad de las normas que se evaden y la voluntariedad. No obstante, surge de su lectura un cierto vacío, pues si bien los hechos o actos realizados en fraude al derecho argentino no han de tenerse en cuenta, la norma no precisa con qué ordenamiento va a ser sancionado; sin embargo, y por efecto de remisión interna, el art. 12 (ver nota 21) cubre la ausencia descripta pre-

cisando que “el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir” (17).

También se ha dicho que la expresión de que “no se tienen en cuenta” los hechos o actos fraudulentos no es del todo precisa, ya que esa situación podría significar “muchas cosas, entre otras que tales actos desde el punto de mira de sus efectos, son ineficaces, inválidos, inexistentes, inoponibles, nulos, anulables, inefectivos, entre otras posibilidades” (18).

Con todo, considero que se trata de una norma que, inspirada en el Código de DIPr belga al que me referiré enseguida, ha acertado al receptar una institución clásica del derecho internacional privado de una manera correcta y tradicional, es decir, como siempre ha funcionado en nuestro medio y como se la suele concebir en doctrina, jurisprudencia y legislación comparada en general.

##### IV.2. La fuente convencional

La fuente convencional no se ha visto alterada con la sanción de la ley 26.994, y sigue vigente en los mismos términos. Me remito, entonces, a lo expresado en el pto. 3) del apartado anterior.

##### IV.3. Algunas soluciones del derecho comparado

Veamos algunos ejemplos de la noción y de la regulación del fraude a la ley en el derecho comparado:

i) La Ley General de Derecho Internacional Privado uruguayo, cuya esperada sanción celebramos en 2020, establece en el art. 7º: “No se aplicará el derecho designado por una norma de conflicto cuando artificiosamente se hubieren evadido los principios fundamentales del orden jurídico de la República”. Respecto de la referencia de la norma a los “principios fundamentales” y no al derecho coactivo, es de aplicación el reparo ya formulado a la redacción del art. 6º de la “CIDIP II sobre normas generales”.

(17) RAPALLINI, L., “Orientación del orden público y del fraude a la ley en el derecho internacional privado actual”, AR/DOC/814/2021.

(18) FELDSTEIN de CÁRDENAS, S., comentario al art. 2598, en BUERES, A. (dir.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, t. 6, ps. 247-248.

ii) En el Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Chile, también de 2020, aparece la definición de fraude a la ley (entre muchos otros conceptos) como “manipulación dolosa de los factores de conexión de una norma de conflicto chilena con el objeto de evadir la aplicación de una norma material chilena” (art. 4º, nro. 3). Se ajusta, pues, a las nociones sobre la figura que hemos visto.

A su turno, el art. 23 prevé la sanción correspondiente al fraude a la ley: “En ningún caso se aplicará el derecho extranjero cuando este resulte aplicable a consecuencia de un fraude a la ley chilena”.

iii) En una línea negatoria de la autonomía del fraude, la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana de 1998 no incorporó el fraude a la ley, lo cual la doctrina interpretó como su rechazo (19).

iv) El Cód. Civil Federal mexicano establece en el art. 15, apart. I, que no se aplicará el derecho extranjero “cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión”.

v) El Cód. Civil español ha consagrado en el art. 12, nro. 4, que “[s]e considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española”.

vi) Por último, mencionaremos el Código de Derecho Internacional Privado belga de 2004, cuyo art. 18 indica que a los efectos de la determinación del derecho aplicable en materias en las que las partes no tienen la libre disponibilidad de sus derechos, no se tienen en cuenta los hechos ni los actos ejecutados con el solo propósito de evadir la aplicación del derecho designado por dicho Código (20).

(19) *Ibidem*, ps. 257-258.

(20) En el original, “for the determination of the applicable law in a matter where parties may not freely dispose of their rights, facts and acts committed with the sole purpose to evade the application of the law designated by the present statute are not taken into account”.

La inspiración del legislador argentino en esta última fuente normativa del derecho comparado es evidente.

## V. Reflexiones finales

En la última sección de este trabajo me referiré a algunas cuestiones concretas, sin duda muy opinables, que —sobre la base de las ideas desarrolladas precedentemente— me propongo aportar como “enfoques actuales” sobre el fraude a la ley. Son las que, si se tratara de una ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, servirían de sustento a los concretos “puntos de ponencia” sometidos al debate y a la votación de los miembros titulares de la Comisión de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, en este espacio —¡por fortuna!— alcanza con plantearlos como simples pensamientos, como interrogantes abiertos, como disparadores del análisis, que no buscan convencer a nadie.

Como punto de partida, quiero citar al profesor español Fernández Rozas, quien con su experticia habitual afirmaba en un trabajo publicado en el año 2000 que “[e]l siglo que comienza augura un reforzamiento de la tendencia hacia la flexibilización que se había iniciado en el último tercio del siglo XX, con la introducción de las denominadas “cláusulas de excepción” basadas en el principio de proximidad. Su manifestación más relevante no es otra que la posibilidad de que el juez determine el derecho aplicable al caso concreto sin que el legislador determine de forma apriorística el concreto derecho nacional que debe aplicar” (21).

Y continuaba el autor: “la noción de ‘flexibilización’ no debe quedar reducida, sin embargo, al estudio del papel creativo del juez. Engloba, en primer término, las técnicas que pretenden la consecución de puntos de conexión abiertos que se concretan por el juez a la luz de cada supuesto particular; en segundo lugar incluye una serie de técnicas de flexibilización centradas en los denominados ‘problemas de aplicación de las normas de DIPr’, con especial referencia a las

(21) FERNÁNDEZ ROZAS, J., “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nro. 9, 2000, ps. 22-23.

cuestiones de adaptación; por último, hace referencia a la acción cada vez más manifiesta de la autonomía de la voluntad de las partes”.

Comparto con toda vehemencia esas apreciaciones, que no habría sido capaz de volcar en palabras tan profundas y a la vez tan concisas, y que a mi juicio reflejan verdaderos fenómenos del DIPr contemporáneo que no han dejado de acentuarse durante los últimos 20 años. Sin ir más lejos, si se mira el tít. IV del Libro Sexto de nuestro propio Cód. Civ. y Com., encontraremos tanto cláusulas de excepción (una general y dos especiales) como normas de conflicto con puntos de conexión alternativos y una orientación material para su elección por el juez, reglas concretas en materia de aplicación del derecho extranjero y sobre la adaptación en particular, y una clara y detallada regulación de la autonomía privada de las personas en los casos con elementos internacionales.

Entonces, si la tendencia del DIPr es hacia la flexibilización, ¿no arroja ello como consecuencia que se verán menos casos de fraude a la ley “clásicos” en la práctica? Es que a quien obra con intención fraudulenta le sirve la rigidez de la norma de conflicto, para de ese modo, una vez manipulado el punto de contacto, asegurar (si la maniobra no fracasa) la aplicación del derecho “deseado” en lugar del evadido. En cambio, si con independencia de la concreción del punto de conexión, el juez aplicará al caso el derecho que estime más vinculado con la situación o relación jurídica de que se trate (solución, esta, claro está, mucho más imprevisible), entonces me parece que se configura un claro desincentivo para la actuación con *animus fraudis*.

Lo mismo vale para la ampliación de la autonomía de la voluntad de las partes. Cuanto mayor sea la tendencia del legislador a permitir a las personas obrar con autonomía privada, menor margen habrá para el fraude a la ley, pues entonces no habría ninguna imperatividad a intentar eludir.

También la materialización del derecho internacional privado y el dictado de normas de policía coadyuvan a una menor presencia del fraude a la ley en la dimensión sociológica de la disciplina. Ya hemos comentado que nuestro objeto de estudio requiere para funcionar del razona-

miento conflictual propio de las normas indirectas.

Por último, podríamos preguntarnos acerca de la relevancia cotidiana del fraude a la ley en los tiempos que corren, donde la globalización y, en particular, la tecnología han alcanzado límites nunca antes imaginados, que solo seguirán creciendo exponencialmente y respecto de los cuales el derecho ya está muy atrás a nivel mundial. Para ilustrar mi punto: imaginemos en la actualidad, a una persona multimillonaria a quien le diagnosticaran una enfermedad terminal por la que le quedan seis meses de vida. Si quisiera vulnerar la porción legítima de sus herederos forzosos beneficiando a otra persona, ¿mudaría su nacionalidad y su domicilio contrarreloj, o tal vez se asesoraría para comprar criptomonedas? O bien, quien obra con una intención lo suficientemente fraudulenta como para intentar falsear los puntos de conexión de una norma de conflicto, ¿no preferirá actuar con el mismo propósito inicu, pero probablemente con mayor practicidad, recurriendo por ejemplo a quien le provea una sociedad fantasma o una sociedad *off shore* más el correspondiente circuito para que el dinero finalice donde el fraudulento quiere, y con mayor dificultad para ser rastreado?

No pretendo sostener la respuesta afirmativa a esas preguntas, pues no conozco en profundidad ninguno de los ejemplos que propuse; lo que quiero decir es que no podemos ignorar que, en la arista sociológica del problema, la tecnología, la sofisticación y la globalización que gobiernan la vida cotidiana imponen cuanto menos considerar estas hipótesis. De lo contrario, correremos el riesgo de que el árbol nos impida ver el bosque.

En este marco, entonces, ¿es innecesaria la regulación del fraude a la ley como institución propia del DIPr? Han expresado en doctrina Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini que el art. 2598 del Cód. Civ. y Com. “es prescindible, pues replica las directrices del art. 12 que al estar emplazado en el título preliminar tiene de por sí máxima generalidad” (22). No coincido con la postura de esos distinguidos autores; como mucho, es

(22) ALTERINI, J. – ALTERINI, I., su opinión sobre el art. 2598 del Cód. Civil en ALTERINI, J. (dir.), “Código

probable que el mencionado precepto —y la regulación de la figura que reglamenta— *no sea imprescindible*, pero no por ello deja de ser per-

---

Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. XI, p. 996.

tinente y relevante. Se trata de una figura clásica del derecho internacional privado que conviene tener reglamentada —y bien reglamentada— en el sistema jurídico de derecho internacional privado, y que desde la academia es sano repasar y repensar.

# Fraude a la ley

Edgardo López Herrera (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Concepto.— III. Distinción con nociones afines.— IV. El fraude a la ley en el Código Civil de Vélez Sarsfield.— V. El fraude a la ley en el Código Civil y Comercial.— VI. Conclusión.

## I. Introducción

En el derecho romano se decía que “el fraude todo lo corrompe” (1) y que “el fraude se castiga en todas sus modalidades” (2). Si buscamos en el diccionario, la primera acepción de fraude es “Acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete”; la segunda no hace más que complementarla: “Acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros”.

El fraude a la ley es uno de los grandes temas del derecho internacional privado, descubierto, como muchos otros (3), por un caso jurisprudencial.

### 1.1. El caso de la princesa de Beauffremont

El clásico ejemplo jurisprudencial de fraude a la ley es el de la princesa de Beauffremont. Estaba casada con un oficial francés y los cónyuges obtuvieron, antes de 1874, una sentencia de separación personal. El Cód. Civil de 1804 había establecido la disolubilidad del vínculo. Luego de la Restauración en 1815 se pretendió reimplantar la indisolubilidad del vínculo. Lo que los franceses hacían entonces era nacionalizarse en otros estados europeos residiendo en ellos un año, para lograr el divorcio y contraer allí ma-

trimonio. Luego retornaban a Francia. Todo ello era posible porque el estado y la capacidad de las personas se juzgaban de acuerdo con el punto de conexión nacionalidad.

La princesa mencionada se naturalizó en Sajonia, obtuvo el divorcio vincular y contrajo un nuevo matrimonio con el príncipe Bibesco.

Cuando regresó a Francia, el duque de Beauffremont demandó la nulidad de la sentencia de divorcio alemana y el subsiguiente matrimonio en ese país. La Corte de Casación le dio la razón al esposo. Dijo que la demandada había obtenido la nacionalidad “no para ejercer los derechos y cumplir los deberes emergentes de ella, sino con el único fin de escapar a la prohibición de la ley francesa y contraer un segundo matrimonio en base a la nueva nacionalidad tan pronto como esta fue adquirida”. Anuló el segundo matrimonio por fraude a la ley francesa, entre otras razones. Se trataría, según la clasificación de Goldschmidt que se desarrolla más adelante, de un fraude retrospectivo.

### 1.2. Jurisprudencia argentina

En la Argentina el caso más conocido es el de “Fritz Mandl” (4). Se trataba de un caso sucesorio. El causante era de nacionalidad austríaca, pero se domiciliaba en la Argentina, donde se había naturalizado. Para beneficiar a su quinta esposa y burlar la legítima del Cód. Civil argentino en relación con sus hijos y otras esposas retornó a Austria meses antes de saber que estaba gravemente enfermo, donde falleció. La Cámara dijo que “[a] juicio del tribunal las constancias

(\*) Profesor titular de Derecho Internacional Privado (Universidad Nacional de Tucumán); profesor titular de Derecho de Daños (Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino); doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid); exdecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales (Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino); relator de la CS Tucumán.

(1) *Fraus omnia corrumpit.*

(2) *Omnibus fraus punitur.*

(3) Como, por ejemplo, el reenvío o las calificaciones.

(4) CNCiv., sala C, 03/03/1981, “Mandl, Federico A. M. - suc.”, LA LEY, 1981-C, 61, con comentario de Werner GOLDSCHMIDT.

examinadas precedentemente permiten concluir que el causante pretendía conseguir mediante el cambio de nacionalidad y de domicilio, colocarse bajo un régimen jurídico sucesorio más ventajoso para determinadas personas en perjuicio de otras, con lo cual procuraba también privar de imperatividad a las leyes de la Nación.

“La utilización voluntaria de los puntos de conexión de la norma indirecta con la intención de eludir la aplicación de las normas imperativas de la República, priva de efectos al cambio de nacionalidad y de domicilio intentados, por lo que debe considerarse como último domicilio del causante al ubicado en esta Capital Federal, que ya fuera declarado por el juez a fs. 68 de este proceso, con lo cual adquieren en el caso plena vigencia las normas contempladas por los arts. 3283 y 5284 del Cód. Civil, y en consecuencia la sucesión debe tramitar por ante el juez de esta jurisdicción y regirse por nuestro derecho sucesorio”

En la doctrina francesa se suele citar el caso “Caron”, fallado por la Corte de Casación francesa. Se trataba de un caso sucesorio. El causante, domiciliado en Francia, había vendido un inmueble del cual era propietario en Francia a una sociedad de los Estados Unidos de la cual él era accionista. Como las acciones son bienes muebles sometidos a la ley norteamericana, sustituyeron el inmueble, anteriormente sometido a la ley francesa. Como la ley norteamericana no conocía la legítima, el causante pudo desheredar a sus hijos. La Corte de Casación confirmó el fallo que resolvió que la transmisión había sido fraudulenta y restableció a aplicación de la ley francesa (5) hasta los dos tercios de la legítima.

## II. Concepto

Existe fraude a la ley cuando las partes manipulan los hechos subyacentes del punto de conexión para evadir el derecho normalmente competente (6). Como expone Scotti (7), las

(5) MAYER, Pierre - HEUZE, Vincent, "Droit international privé", Montchrestien, Paris, 2007, 9ª ed., p. 193.

(6) LOUSSOUARN, Yvon - BOUREL, Pierre - DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal, "Droit international privé", Dalloz, Paris, 2007, 9ª ed., p. 363.

(7) SCOTTI, Luciana B., "Manual de derecho internacional privado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, 2ª ed.

partes han modificado los puntos de conexión o la naturaleza de los derechos con la intención de sustraerse a las disposiciones imperativas aplicables para regir una relación jurídica. De forma tal que los actos aislados son legítimos, lícitos (elemento objetivo del fraude), pero en su conjunto y por su intención producen un resultado prohibido por la ley (elemento subjetivo del fraude).

El fraude a la ley es la característica negativa del antecedente de la norma indirecta. Impide que la consecuencia jurídica produzca sus efectos. Las partes, buscando una consecuencia jurídica favorable, alteran o manipulan los hechos subyacentes al punto de conexión. Goldschmidt ejemplifica: “Se declara, por ejemplo, aplicable a la validez del contrato obligatoriamente el derecho del lugar de celebración. Sin duda alguna se elige este lugar por la voluntad de las partes; pero el legislador declara aplicable el derecho del lugar indicado, con total independencia de esta voluntad y aunque las partes hubiesen manifestado expresamente su voluntad de que tal derecho no se aplicara. El fraude consistiría ahora en que las partes, previamente a la celebración, se buscaran el país cuya legislación les convendría, para luego celebrar el contrato en ese país y obtener mediante una maniobra su aplicación. Otro ejemplo de manipuleo frecuente lo ofrece el domicilio. Al establecerse en un lugar, interviene la voluntad de hacerlo así” (8). O bien, como enseña Uzal (9), “[l]a maniobra fraudulenta consistiría, por ejemplo, en que una persona, primeramente, se informase sobre el derecho que más le place que se aplique a su sucesión y que luego allí establezca su domicilio hasta el día de su muerte. En este caso cabe decir que el fraudulento desea morir en un país (el que abandona) con la legislación de otro (del aquel a donde va)”

El fraude a la ley afecta en primer término la ley del Estado cuya norma de derecho interno, pero de contenido y aplicación internacional, resulta violada. Además, afecta la validez extra-

(8) GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho internacional privado", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2009, 10ª, p. 195.

(9) UZAL, María Elsa, "Derecho internacional privado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016.

territorial de las reglas imperativas cuya competencia ha reconocido la norma indirecta.

El fraude a la ley es una herramienta judicial para moralizar el comportamiento de las partes para impedirles que se aprovechen de la dimensión internacional de la situación para jugar con la autoridad de la ley (10). La autoridad de las leyes se encontraría singularmente disminuida si el derecho internacional privado ofreciera a las partes un medio para sustraerse de las leyes imperativas y poder aprovecharse de la diversidad de legislaciones internas para colocarse voluntariamente bajo el imperio de aquellas cuyo contenido responde a sus deseos (11). Para lograr la aplicación de otro derecho más favorable alteran voluntaria y maliciosamente el punto de conexión utilizado por la norma indirecta. Convierten lo que el autor de la norma pensó como un hecho o un acto en un negocio jurídico. Por eso se distingue de la violación de la ley por el hecho de que el fraude a la ley se apoya en un medio jurídico, el fraude a la ley utiliza el derecho para defraudarlo (12). Las partes pueden mudarse de domicilio, cambiar de nacionalidad, otorgar un testamento en otro país. La razón por la que el fraude a la ley no permite la actuación del antecedente de la norma es porque estos cambios no son para nada sinceros, sino que tienen por miras nada más que evitar la aplicación de una norma coactiva.

El fraude a la ley tiene un elemento material que consiste en la manipulación del punto de conexión que busca un doble objetivo: evitar la aplicación de la ley coactiva y lograr la aplicación de otra ley más beneficiosa. Además, tiene un elemento moral o intencional. La modificación del punto de conexión tiene que ser artificiosa, demostrativa de una voluntad fraudulenta (13). Este elemento intencional hace que el acto sea intrínsecamente lícito, pero vi-

ciado por su finalidad ilícita, que conduce a su ineficacia (14).

Ahora bien, como se ha señalado, el legislador puede prevenir el fraude a la ley, no solo sancionándolo sino también previniéndolo con conexiones razonables y previsibles (15), porque cuando las conexiones se alejan de esa mínima coherencia, las partes buscan de alguna manera esa razonabilidad y previsibilidad.

### *II.1. Características*

Lo que caracteriza al fraude según Goldschmidt es la contracción temporal o abreviación en el tiempo, la prisa, el apuro; y la ampliación en el espacio, el desplazamiento a países, a veces no en persona sino por representación. Sin embargo, como se ha señalado estas exigencias han quedado desvirtuadas con el avance tecnológico (16).

Según Zuccherino (17), el fraude requiere:

a) Una singular reducción en el lapso de tiempo que se requiere por lo común para la realización de cierto acto jurídico.

b) Las partes suelen realizar extraordinarios desplazamientos, a los fines de caer bajo el imperio de otra legislación.

El ejemplo de Zuccherino, tomado de Thaller, es el del grupo de financistas franceses que toman un tren con destino a Bélgica una mañana para allí constituir una sociedad, con el evidente propósito de eludir la ley francesa, y regresan por la tarde.

Las consideraciones anteriores son muy importantes, porque el fraude no se presume, sino que debe ser probado normalmente por indicios, de manera indirecta. Como enseña Uzal, "[l]a certidumbre del fraude no puede ser absoluta, solo cabe exigir una razonable certeza, se

(10) NIBOYET, Marie Laure - DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Gerard, "Droit international privé", LGDJ, Paris, 2007, p. 238.

(11) LOUSSOUARN, Yvon - BOUREL, Pierre - DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal, ob. cit., p. 363.

(12) AUDIT, Bernard, "Droit international privé", Economica, Paris, 2006, 4ª ed., p. 195.

(13) NIBOYET, Marie Laure - DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Gerard, ob. cit., p. 243.

(14) MAYER, Pierre - HEUZE, Vincent, ob. cit., p. 191.

(15) RAPALLINI, Liliana E., "Orientación del orden público y del fraude a la ley en el derecho internacional privado actual", RCCyC 2021 (mayo), 263.

(16) *Ibidem*.

(17) ZUCCHERINO, Ricardo M., "Derecho internacional privado", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2008, p. 156.

reitera, mediante presunciones graves precisas y concordantes, atendiendo a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar. Tampoco cabe inferirlo de solos desplazamientos de las partes al exterior extrayéndolo de escrupulosas conjeturas, convirtiendo la cuestión en una caza de brujas” (18).

El efecto principal del fraude a la ley es que se descarta el derecho aplicable pretendido por las partes y se aplica el derecho evadido. La sanción lógica es que los actos fraudulentos que modificaron artificialmente la situación iusprivatista se declaran inoponibles y se aplica la ley defraudada, sea la ley del foro, o la ley extranjera (19). La inoponibilidad es apropiada particularmente cuando el fraude consiste en la adopción de una nacionalidad extranjera. El juez nacional no tiene atribuciones para declarar la nulidad de ese acto de un poder público extranjero, pero sí para negarle efectos en nuestro país.

Con relación al país cuyo derecho se intentó evadir la consecuencia es que se considera que el punto de conexión fraudulento nunca existió y se niegan todas las consecuencias del fraude.

Algunos autores niegan la existencia o la utilidad del fraude a la ley. Para Quintín Alfonsín, la denominada “teoría del fraude a la ley” ofrece más inconvenientes que ventajas y fácilmente puede ser usada con torcida intención en perjuicio del comercio internacional. La excepción del fraude a la ley intenta, en cambio, encadenar al hombre a una ley local impidiéndole gozar de las libertades que le acuerdan los demás Estados del mundo (20).

## II.2. Condiciones

Las condiciones para que exista fraude a la ley son:

a) Un punto de conexión alterado mediante ardidés o falsas maquinaciones. Cambiar de domicilio o incluso de nacionalidad es un derecho. Lo que no se puede hacer es buscar con

ese cambio perjudicar a alguien. Por otro lado, ese punto de conexión debe depender de la voluntad de las partes. Sería imposible cambiar la ubicación de un inmueble o el lugar de comisión de un hecho ilícito. Con respecto a la nacionalidad se ha dicho que es un comportamiento perfectamente lícito pretender cambiarla, pero esto es así siempre que la persona desee comportarse como un nacional del país cuya nacionalidad adquiere. El fraude reside en el hecho de cambiar el elemento del cual depende la ley aplicable para obtener el resultado buscado, *sin aceptar las consecuencias más esenciales que derivan de ese cambio* (21).

Por esa razón es difícil aceptar que se pueda cometer fraude a la ley con el cambio de domicilio. Respecto del domicilio, no puede decirse que se lo pueda cambiar arbitrariamente. Si la persona se muda a otro país en el que efectivamente va a residir, no hay fraude a la ley. Si, en cambio, el domicilio es ficticio no hay fraude a la ley, pero igualmente el acto es inválido, aunque por simulación (22).

Si bien el fraude a la ley se manifiesta normalmente por la alteración del punto de conexión, es posible, como lo demuestra la jurisprudencia francesa luego del caso “Caron”, que también se puede dar en el supuesto de hecho (23). En ese caso el fraude consistió en defraudar la legítima francesa, transfiriendo un inmueble a una sociedad norteamericana. De esta manera, el bien pasó a estar representado por acciones de una sociedad en un derecho que desconoce la legítima.

b) El derecho normalmente competente debe ser imperativo. Si las partes tuvieran varios derechos supletorios para elegir no habría fraude sino ejercicio lícito de un derecho. Es lo que sucede en los contratos paritarios en que las partes son dueñas en principio de elegir el derecho que deseen. La doctrina francesa distingue entre el fraude y la habilidad (*habileté*) o viveza,

(18) UZAL, María Elsa, ob. cit.

(19) NIBOYET, Marie Laure - DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Gerard, ob. cit., p. 245.

(20) ALFONSÍN, Quintín, "Teoría del derecho privado internacional", Ed. Idea, Montevideo, 1982, p. 593.

(21) MAYER, Pierre - HEUZE, Vincent, ob. cit., p. 192.

(22) *Ibidem*.

(23) LOUSSOUARN, Yvon - BOUREL, Pierre - DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal, ob. cit., p. 367.

que es una astucia autorizada, porque no es más que la utilización permitida de la ley (24).

c) El fraude a la ley solo procede cuando en ausencia de cualquier otro medio idóneo para neutralizar los efectos queridos por las partes (25). Cuando el orden público internacional declara inaplicable el derecho extranjero elegido por las partes, no hace falta recurrir al fraude a la ley. Lo mismo sucede en materia matrimonial, salvo que exista un impedimento de orden público internacional como puede ser el *ligamen* o el *parentesco*.

### II.3. Clases

El fraude a la ley puede ser de varios tipos.

a) Fraude retrospectivo: las partes quieren burlar un hecho sinceramente realizado en el pasado. Ejemplo típico son los matrimonios realizados en el país, que luego, para poder divorciarse, se mudan a otro país con una legislación distinta que permite a las partes lo que en el país no pueden hacer.

b) Fraude en expectativa: el fraude no es actual, sino que el hecho se realiza para que surta efectos en el futuro. Era el caso de matrimonios de personas domiciliadas en nuestro país que se casaban en el extranjero cuando no existía divorcio en la Argentina, en un país que no tenía ningún vínculo con las partes, para obtener beneficios en el futuro, si por ejemplo decidían divorciarse. El fraude se consumará cuando, llegado el caso, las partes utilicen la conexión fraudulenta.

c) Fraude simultáneo: en este caso, los efectos son inmediatos. Por ejemplo, el art. 124 de la Ley de Sociedades, que establece que las sociedades constituidas en el extranjero que tengan su principal objeto o su principal establecimiento en el país serán consideradas como sociedades locales a los fines de su control y funcionamiento. Otro ejemplo son los pabellones o banderas de complacencia (26).

(24) NIBOYET, Marie Laure - DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Gerard, ob. cit., p. 238.

(25) KALLER DE ORCHANSKY, Berta, "Derecho internacional privado", p. 101.

(26) UZAL, María Elsa, ob. cit.

### III. Distinción con nociones afines

El fraude a la ley no debe confundirse con:

a) Orden público: existe cierta similitud entre el orden público y el fraude a la ley. Las normas imperativas a que las partes se sustraen casi siempre están cimentadas en consideraciones de orden público. Pero no necesariamente tiene que ser así.

La excepción de orden público impide la aplicación del derecho extranjero porque lo considera repugnante al derecho nacional y su consecuencia es que se aplica derecho nacional. En el fraude a la ley no hay tal repugnancia, sino que lo que se hace es evitar la aplicación de las leyes imperativas, sean nacionales o extranjeras, y se basa en las circunstancias del caso. Por eso se ha dicho que "sea la ley del juez, o la ley de un tercer Estado la eludida, declarado que hubo fraude, la consecuencia inmediata será que el derecho conectado por el punto de conexión que sufrió el fraude no se aplique" (27).

La asimilación total, por otro lado, impediría que terceros países dejaran de sancionar el negocio fraudulento ya que puede no ofender su orden público. O bien, como señala Kaller de Orchansky (28), el país cuyo derecho se intentó evadir, si aceptara que el fraude es un concepto autónomo, que tiene por finalidad lograr la aplicación de todas las leyes imperativas, también debería sancionarlo.

Sin embargo, entre orden público y fraude a la ley existen también diferencias procesales, pues el orden público se aplica de oficio mientras que el fraude a la ley requiere ser acreditado por la parte que lo invoca.

b) Simulación: en la simulación no hay realización del punto de conexión. Es un acto insincero. En cambio, en el fraude a la ley, el punto de conexión efectivamente se realizó, pero alterado maliciosamente, por lo que el fin propuesto por la norma no se realiza. La doctrina menciona algunos ejemplos de simulación como, por ejemplo, el matrimonio de complacencia para obtener la nacionalidad de un determinado país

(27) SCOTTI, Luciana B., ob. cit.

(28) KALLER DE ORCHANSKY, Berta, ob. cit., p. 103.

o el embargo de un codemandado ficticio para aprovechar los tribunales de su domicilio (29).

c) Abuso del derecho: para algunos autores el fraude a la ley es similar al abuso del derecho, porque las partes lo único que hacen es utilizar su derecho de manera antifuncional o con la intención de perjudicar a terceros; en cierta manera lo que las partes hacen en el fraude a la ley es usar su derecho.

Es preferible, no obstante, otorgar cierta autonomía al concepto de fraude a la ley y separarlo del abuso del derecho, pues son distintas las condiciones para su aplicación y los efectos que tiene. En el abuso del derecho las partes no modifican ningún elemento del punto de conexión.

d) Negocio indirecto: el art. 385 del Cód. Civ. y Com. regula al negocio jurídico indirecto: "Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero".

Se diferencia del fraude a la ley porque en el negocio indirecto el acto jurídico se realiza para obtener los efectos de otro acto, pero que no elude ni viola el ordenamiento jurídico ni perjudica a un tercero. El ejemplo típico de negocio indirecto es el mandato que una persona otorga a otra para que cobre lo que un tercero le debe. Pero como el mandante le debe al mandatario por otra causa, en realidad se quedará con el dinero para poder satisfacer esa acreencia. En el fraude a la ley sí se busca evitar los efectos de una ley.

e) *Forum shopping*: la similitud está dada porque el fraude a la ley busca eludir la aplicación de una ley, mientras que el *forum shopping*, que también puede ser definido como un fraude a la jurisdicción, busca eludir el dictado de una sentencia desfavorable.

La excepción de fraude a la ley restablece, en el conflicto de leyes, la competencia de la ley eludida y permite su aplicación (30). En el *forum shopping* se niega la eficacia de la sentencia

(29) NIBOYET, Marie Laure - DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Gerard, ob. cit., p. 241.

(30) MAYER, Pierre - HEUZE, Vincent, ob. cit., p. 294.

extranjera, porque lo que ha buscado el actor ha sido un foro extranjero que le permita obtener una sentencia que el juez argentino competente no habría dictado. El *forum shopping* consiste en la elección unilateral del tribunal que más favorezca la pretensión sustancial del actor (31). El *forum shopping* no es ilícito *per se*, sino en la medida en que constituya una denegación de justicia o abuso de la jurisdicción (32). No es necesariamente fraudulento, por lo que las mejores técnicas para evitarlo son fijar reglas de competencia internacional rigurosas, controlar la admisibilidad de ciertas formas de acción, prever técnicas particulares de regular los conflictos de procedimientos (33).

No es fraudulento cuando las partes eligen uno de entre los varios foros alternativos que se le presentan, siempre y cuando la jurisdicción no sea exclusiva (34). Las razones de la elección pueden ser la celeridad, los costos del procedimiento, la calidad de los jueces, el derecho aplicable determinado por la norma de colisión del juez elegido, la cuantía de los daños y perjuicios previsible en un foro determinado y la posibilidad de ejecución de la sentencia resultante (35). El comportamiento de las partes es fraudulento, por el contrario, cuando la sentencia favorable que esperan obtener la van a hacer valer en el país, donde sus tribunales habrían rechazado la demanda (36).

El *forum shopping* se distingue del fraude a la ley, pese a que a primera vista pareciera ser lo mismo, nada más que referido solo a la jurisdicción. Para que haya *forum shopping* es suficiente con que el demandado haya eludido la competencia normal de los tribunales competentes de

(31) BOGGIANO, Antonio, "Derecho internacional privado", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, 6ª ed., p. 110.

(32) MOSCONI, Franco - CAMPLIGIO, Cristina, "Diritto internazionale privato e processuale", UTET, Torino, 2011, 5ª ed., t. I., p. 10.

(33) NIBOYET, Marie Laure - DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Gerard, ob. cit., p. 243.

(34) WEINBERG, Inés, "Derecho internacional privado", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 4ª ed., p. 429.

(35) *Ibidem*, p. 429.

(36) MAYER, Pierre - HEUZE, Vincent, ob. cit., p. 190.

un país para obtener una sentencia favorable en otro. El ejemplo de la doctrina francesa es el de los esposos que, para escapar a la prohibición nacional de divorciarse, lo hacen en México o Las Vegas, cuyas autoridades se declaran fácilmente competentes y aplican su propia ley (37). El fraude no consiste en obtener el divorcio en esos Estados, sino la finalidad de obtenerlo allí es la de hacerlo valer en los Estados donde por las razones que fuere, no habría sido permitido. El *forum shopping* realiza un fraude a la sentencia que habría dictado el tribunal normalmente competente. Desde ese punto de vista, se ha dicho que el *forum shopping* es un medio más elaborado y complejo que el fraude a la ley porque utiliza la diversidad de foros y luego sus sistemas de derecho internacional privado, y no solo de la diversidad de reglas sustanciales (38).

#### IV. El fraude a la ley en el Código Civil de Vélez Sarsfield

El Cód. Civil derogado no tenía ningún artículo que regulara expresamente el fraude a la ley, por más que Vélez Sarsfield conocía el instituto.

Sin embargo, para la doctrina, algunos artículos lo preveían, como el art. 1207: "Los contratos hechos en país extranjero para violar las leyes de la República, son de ningún valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado" y el art. 1208: "Los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes de una nación extranjera, no tendrán ningún efecto".

En la nota al art. 1207 del Cód. Civil sí se menciona al fraude a la ley: "Los contratos, pues, que son en fraude de las leyes de su país, o de los derechos o deberes de sus nacionales; los contratos contrarios a la moral, o a la religión; los contratos opuestos a la política o instituciones son nulos en todo país afectado por ellos, aunque pueden ser válidos por las leyes del lugar en que se han celebrado".

La nota al art. 1208 del Cód. Civil dice que "[d]esde el siglo pasado, Pothier (*Seguros*, nro. 58) había censurado como inconsistente con la moral y buena política, la práctica de algu-

nas naciones, que daban efecto a los contratos hechos en su territorio para violar las leyes comerciales de otros países, creyendo favorecer al comercio nacional. Ciertamente que una nación no está obligada a cuidar del cumplimiento de las leyes de un país extraño. No castigará sin duda a los que hubiesen formado sociedades para introducir contrabandos en un pueblo vecino; pero si ese contrato se lleva a juicio por alguna causa, o si algún socio deja de cumplirlo, sería una resolución extraña de un tribunal de justicia la que hiciese cumplir tales contratos".

#### IV.1. El fraude a la ley en el matrimonio

En donde también se encontraba legislado para algunas opiniones el fraude a la ley permitido era en el art. 159 (39) que permaneció redactado de manera casi idéntica a la de Vélez Sarsfield, pese a todas las reformas a la que fue sometida la institución matrimonial, y es el antecedente inmediato del art. 2622, párr. 1º, del Cód. Civ. y Com.

Precisamente, contempla los "matrimonios *in fraudem legis*". Se trataba para algunos de un fraude inocuo o lícito. Es preferible, no obstante, la posición que no ve en ese caso un fraude a la ley, porque "[n]o hay norma imperativa que proteger, no hay evasión, no hay norma imperativa evadida, porque lisa y llanamente la ley, con un espíritu liberal, permite a los futuros contrayentes mudarse adonde sus deseos los lleven para casarse en el lugar que les plazca, y ese matrimonio estará sujeto a la ley del lugar de celebración" (40).

(39) "Las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las formas que en él rigen". La nota dice en el último párrafo que "[r]especto al fondo del artículo, Story, desde el § 121. discute extensamente la materia: transcribe la opinión de los principales juriconsultos que la han tratado, y expone las razones que la fundan, aun respecto a los que, al parecer, por defraudar la ley, salen de su domicilio y van a otro país a celebrar el matrimonio. Demuestra con los textos de los más célebres teólogos españoles, como Sánchez, que no hay fraude a la ley y que solo usan de su derecho, desde que no haya una prohibición especial respecto a este caso".

(40) FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. - RODRÍGUEZ, Mónica S., "Matrimonios en fraude a la ley argentina. Réquiem para una muerte anunciada", JA 2007-IV-799.

(37) *Ibidem*, p. 291.

(38) *Ibidem*, p. 292.

*IV.2. La jurisprudencia anterior a la Ley de Divorcio Vincular*

Antes de que en nuestro país hubiera divorcio vincular, la jurisprudencia nacional tuvo oportunidad de pronunciarse respecto de los matrimonios celebrados en el extranjero cuando los cónyuges habían estado casados en nuestro país. En el caso "Rosas de Egea" (41), fallado por la Corte Suprema en 1969, se resolvió que las autoridades nacionales pueden desconocer un matrimonio celebrado en el extranjero en fraude a la ley argentina, sin necesidad de declaración de nulidad. Fue considerado inexistente, es decir, que se lo tenía por no celebrado, sin necesidad de petición de parte ni intervención judicial (42). Esta doctrina fue acogida por un plenario de la Cámara Nacional Civil, que fijó la siguiente doctrina: "No es necesario para privar de eficacia a la partida de matrimonio extranjero, contraída con impedimento de ligamen en fraude a la ley, la promoción de la acción de nulidad prevista en la ley 2393" (43).

Esta doctrina fue seguida por algunos tribunales del interior del país. Así el Tribunal Supremo de Jujuy dijo que "no es necesario para privar de eficacia a la partida de matrimonio extranjero contraído con impedimento de ligamen en fraude a la ley, la promoción de la acción de nulidad prevista en la ley 2393. En tal caso técnicamente corresponde desconocerle validez en el país y no declarar su nulidad, siendo innecesario entrar a averiguar si dicho matrimonio es inexistente o simplemente nulo" (44).

(41) CS, 12/05/1969, "Manuela Rosas de Egea", LA LEY, 135-624.

(42) En el fallo se dijo además que "[e]l acto de que se trata incluso puede ser válido según las leyes del país donde se celebró, al que no cabe imponer el régimen jurídico argentino, sin afectar elementales principios de soberanía; pero ello no significa que nuestro país deba aceptar la extraterritorialidad de un acto tal, si él se opone a sustanciales principios de orden público interno e internacional, según nuestro derecho positivo".

(43) CNCiv., en pleno, 08/11/1973, ED 54-136.

(44) ST Jujuy, sala 2ª, 28/02/1984, "U., P. A.", ED 109-709.

Algunos fallos posteriores a la ley 23.515 todavía siguieron ese criterio (45).

La doctrina de "Rosas de Egea" cambió entre 1973 y 1976. La Corte Suprema de Justicia de la Nación otorgó derechos hereditarios a pensión a la conviviente de un afiliado, con quien se había casado en fraude a la ley argentina (46). Dijo en ese caso que "elementales razones de justicia social abonan aquella interpretación que, en cada hipótesis, mejor se adecua a los fines de la seguridad social que garantiza el art. 14 nuevo de la CN, extendiendo los beneficios y dando satisfacción a las primeras necesidades de quienes, conforme a los reales y concretos intereses que exhibe el caso, son los afectados en forma inmediata por el deceso del afiliado" y que "a los específicos fines perseguidos por las leyes previsionales, presentándose dos personas que alegan un vínculo matrimonial con respecto al afiliado, la solución, probada la falta de interés asistencial de la primera consorte, si no media nulidad o disolución del segundo matrimonio declarada por órgano jurisdiccional competente, ni análoga falta de interés asistencial, debe favorecer a quien sustituyó a la primera esposa conviviendo con él y cumpliendo, en forma estable y seria, con los deberes de asistencia y socorro que el estado matrimonial importa y que, por tal razón, la muerte del afiliado afecta, en su porvenir, desde el instante mismo en que se produce" (47).

En el año 2000, la Corte Suprema definitivamente abandona la teoría de la inexistencia al resolver un caso planteado con motivo de la

(45) "El matrimonio celebrado entre la recurrente y el causante en la República de Paraguay resulta ineficaz en la República Argentina, toda vez que la ley nacional disponía la indisolubilidad del vínculo matrimonial, aun existiendo sentencia de divorcio, por cuanto esta carecía de alcance vincular. Sin perjuicio de haberse introducido en nuestro régimen legal el divorcio vincular, el impedimento que existía al momento en que la recurrente contrajo matrimonio con el causante en la República de Paraguay no queda saneado *per se*, y tampoco se ha demostrado que se haya obtenido el divorcio vincular entre este y su primera cónyuge" (CNCiv., sala K, 27/04/2000, "L., O. G.", Ed. Abeledo Perrot, 35031483).

(46) LA LEY, 1975-C, 261.

(47) CS, 08/05/1975, "Sanmartino de Weskamp, Aída c. Caja del Estado y Servicios Públicos", JA 28-1975, 205.

pretensión hereditaria de la cónyuge, casada en el exterior con el causante (48). La Corte dijo que “[c]orresponde dejar sin efecto la sentencia que resuelve sobre la ineficacia del matrimonio que la apelante celebró en el extranjero con el causante —por tratarse de un acto en fraude a la ley argentina—, por haberse configurado una grave lesión al debido proceso dado que se le impidió a la recurrente ofrecer pruebas relativas a sus eventuales derechos como titular de vocación legitimaria frente a los herederos instituidos por testamento formalmente válido”.

#### IV.3. La Ley de Migraciones y los matrimonios de complacencia

Otro reconocimiento expreso de la existencia del fraude a la ley como categoría jurídica, previa al Cód. Civ. y Com., es el del art. 62, inc. a), de la Ley de Migraciones que dice que “[l]a Dirección Nacional de Migraciones, sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondieran deducir, cancelará la residencia que hubiese otorgado, con efecto suspensivo, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión y dispondrá la posterior expulsión, cuando:

“a) Con la finalidad de obtener un beneficio migratorio o la ciudadanía argentina se hubiese articulado un hecho o un acto simulado o este hubiese sido celebrado en fraude a la ley o con vicio del consentimiento o se hubiere presentado documentación material o ideológicamente falsa o adulterada”.

La norma alude claramente al matrimonio de complacencia, entre otras causales de cancelación de residencia en el país y consiguiente expulsión. Es que en esos matrimonios no hay consentimiento libremente expresado. Directamente no hay consentimiento ni matrimonio porque no quieren casarse sino obtener la nacionalidad por una vía oblicua. Así dice un autor español, comentando la instrucción de la DGRN de 31/01/2006 sobre los matrimonios de complacencia, que, “dada la complacencia subjetiva de ambos contrayentes, la práctica registral se apoya en indicios puramente objetivos relativos a las relaciones entre ambos contrayentes, la contradicción de sus manifestaciones

y otros indicios variopintos” (49). Más adelante el mismo autor, crítico de este tipo de resoluciones administrativas, dice que “la ausencia de consentimiento es, por definición, una causa de nulidad que debe ser alegada por la parte interesada o inducida de elementos estrictamente subjetivos, porque precisa una declaración de voluntad contraria o implícitamente viciada (consentimiento matrimonial condicionado a una remuneración, por ejemplo), y cuyo control por parte de la autoridad registral, actuando más como autoridad policial, supone de hecho una usurpación de funciones propias de los órganos jurisdiccionales” (50).

#### IV.4. La Ley de Sociedades

Otro ejemplo de norma prohibitiva del fraude a la ley es el art. 124 de la ley 19.550 de Sociedades (LS): “La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento”.

De modo tal que, si existe sede o exclusiva explotación en la Argentina, será inútil que las partes constituyan una sociedad comercial en el extranjero para evadir la ley argentina, porque se aplica exclusivamente la ley argentina. El contrato societario no es nulo, pero las consecuencias son las del fraude a la ley: se aplicará el derecho imperativo que se pretendió evadir.

La determinación de lo que debe entenderse por “objeto principal” no ofrece dudas cuando la sociedad extranjera tiene un solo establecimiento o solo opera en el país. Los problemas surgen cuando hay explotación multinacional sucesiva, o explotación multinacional simultánea, o cuando hay un objeto principal y otro accesorio. Para la doctrina en esos casos debe primar una interpretación restrictiva. Solo cuando hay un objeto principal que se cumple en la Argentina, se aplica el art. 124 de la LS. Si el objeto es accesorio, o hay objetos simultáneos

(49) FERNÁNDEZ ROZAS, José C. - SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “Derecho internacional privado”, 4ª ed., p. 351.

(50) *Ibidem*, p. 352.

(48) CS, 21/06/2000, “D., E.”, LA LEY, 2000-D, 711.

o sucesivos, la única manera de dar sentido a la expresión "principal" es aplicar a esos casos el art. 118 de la LS porque se trataría de sucursales.

Cabe agregar que, de la misma manera que el sentido del art. 124 es el de evitar el fraude a la ley argentina exigiendo la constitución de una nueva sociedad, no es posible constituir sociedades en el país para defraudar a la ley extranjera.

En otro orden de cosas, respecto de los actos aislados, se creó mediante res. 8/2003, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, el Registro de Actos Aislados de Sociedades Constituidas en el Extranjero. En dicho registro deben inscribirse los actos aislados.

#### *IV.5. Tratados de Montevideo*

Los Tratados de Montevideo no prevén la regulación del fraude a la ley. De la lectura del art. 5º del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940 que dice: "La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley", algunos autores concluyen que la noción no le ha sido ajena: "La interpretación literal de la norma implica que se ha condicionado el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes a la admisión del mismo por la legislación del Estado cuyo derecho resulte aplicable. El fundamento de la disposición radica en la necesidad de evitar que los sujetos puedan abusar de la libertad con la finalidad de establecer conexiones fraudulentas. Ahora bien, tomando en consideración los elementos configurativos del fraude, estimamos que su aplicación puede tornarse operativa en el ámbito convencional, cuando resulte alterado el sistema conflictual al sustraerse los protagonistas del imperio del ordenamiento coactivo beneficiándose con una regulación más favorable a sus intereses" (51).

#### *IV.6. CIDIP II*

Expresamente, resuelve el fraude a la ley en su art. 6º: "No se aplicará como derecho extranjero,

(51) D'ERAMO, María Rita - DREYZIN de KLOR, Adriana - SANTUCCIONE, Gabriela, "El fraude a la ley en el Derecho internacional privado", LA LEY, 1995-C, 1207.

el derecho de un Estado Parte, cuando artificialmente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte.

"Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas".

La norma tiene gran amplitud, porque se refiere a los "principios", lo que es más amplio que las normas coactivas de derecho privado, pero también muy criticable por su laxitud.

### **V. El fraude a la ley en el Código Civil y Comercial**

#### *V.1. El artículo 12, segundo párrafo*

El Cód. Civ. y Com., en el segundo párrafo del art. 12, menciona expresamente al fraude a la ley: "El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir".

Metodológicamente ha sido ubicado en el título introductorio, con lo que se busca que tenga influencia en todo el ordenamiento. Es sustancialmente idéntico al fraude a la ley legislado en el art. 2598 porque en el acto jurídico que le da origen existe una norma de cobertura y una norma imperativa defraudada. El fraude a la ley del art. 12, párr. 2º, requiere una indagación precisa sobre la causa fin del negocio jurídico, la que debe resultar contraria a una norma imperativa. Al igual que el fraude a la ley internacional, en este caso el efecto es que el acto se somete a la norma que se intentó defraudar.

#### *V.2. El artículo 2598*

El Cód. Civ. y Com. regula el fraude a la ley en el art. 2598. "Fraude a ley. Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto".

La norma no es del todo elogiada, aunque tiene el mérito de incorporar expresamente el

fraude a la ley a la parte general del DIPr argentino. En primer lugar, solo se refiere al fraude al derecho y no menciona al fraude jurisdiccional. Pese a ello el fraude a la jurisdicción debe entenderse incluido en la norma del art. 2598, sobre todo porque puede ser una forma oblicua de lograr la aplicación de otro derecho.

Por otro lado, la mención a “derechos no disponibles para las partes” puede inducir a confusión. Una primera lectura podría llevar a pensar que se refiere a normas coactivas, esto es al orden público interno. Sin embargo, el art. 2651, inc. c), dice que “las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen *normas coactivas* del derecho elegido” (el resaltado nos pertenece).

En cambio, el inc. f) del art. 2651 expresa: “los contratos hechos en la república para violar normas *internacionalmente imperativas* de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno” (el resaltado nos pertenece). No cabe otra conclusión que no sea entender que cuando el art. 2598 habla de “derechos no disponibles para las partes” no se refiere a “normas coactivas” sino a “normas internacionalmente imperativas”, que son aquellas que según el art. 2599 “se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes”. A ello debe agregarse que el art. 2598 debe interpretarse en armonía con el art. 12, párr. 2º, en el que se menciona al “resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa”.

En cuanto a los efectos hubiese sido mejor que se hubiera agregado a la parte del artículo que reza: “no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto”, que se aplicará el derecho que se trató de evadir. Si bien es obvio que ése debe ser el efecto, nada se hubiera perdido con la aclaración. En este caso, nuevamente el vacío del art. 2598 debe llenarse con el art. 12, párr. 2º, que dice que “el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

Era mucho mejor la fórmula empleada en el Proyecto de Código de 2003:

“Art. 8º.- Fraude. No se admitirá la jurisdicción internacional ni se aplicará el derecho extranjero designado por la norma de conflicto cuando exista fraude.

”Se entiende por fraude la modificación de los hechos considerados en el contacto jurisdiccional o en el punto de conexión que tienda a eludir las normas coactivas que establecen la jurisdicción o el derecho aplicable.

”Comprobado el fraude corresponde desconocer la jurisdicción pretendida y aplicar el derecho que se trató de evadir”.

## VI. Conclusión

El fraude a la ley, pese a los pocos casos jurisprudenciales que se registran, sigue siendo uno de los grandes temas del derecho internacional privado. Su regulación actual en el Cód. Civ. y Com., con todas las observaciones que se le puedan formular, ha significado un gran avance. Este trabajo pretende ser un aporte para las dudas interpretativas que se suscitan.



# COMISIÓN N° 10. TRANSDISCIPLINA

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, MERCADO Y ÉTICA



# Reflexiones sobre los derechos del consumidor y el uso de IA en plataformas virtuales: convivencia y contradicciones

Cecilia C. Danesi (\*)

Macarena Baricco Prats (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Consumo digital.— III. Posible colisión con los derechos del consumidor y alternativas.— IV. Hacia una reconfiguración de los derechos de las y los consumidores frente a la era digital.— V. Conclusiones.

*“Estamos en una lucha desigual entre compañías muy sofisticadas y usuarios que actuamos con ingenuidad... En definitiva, el desafío es poner las plataformas y los dispositivos al servicio de la vida que queremos vivir, no de la vida que otros necesitan que vivamos” (\*\*\*)*.

## I. Introducción

Los usuarios de las redes sociales representan un 58% de la población mundial. Cada día, 4620 millones de usuarios utilizan sus redes sociales

(\*) Investigadora y docente de la UBA en las asignaturas Inteligencia Artificial y Derecho y Derecho de Daños; subdirectora de los posgrados IA y Derecho y Metaverso y Gaming; docente de grado y posgrado en universidades nacionales e internacionales; directora de la revista *Inteligencia Artificial, Tecnologías Emergentes y Derecho* (Hammurabi) y autora de diversas publicaciones; coordinadora del IALAB y ENTED; subdirectora del Instituto de Derecho de la Salud del Colegio de Abogados de San Isidro; doctoranda en Derecho del Consumidor (Universidades de Perugia y Salamanca), tesis en IA y Derecho del Consumidor; codirectora del programa "Diversidad e Innovación" (UdeSA); Oradora TEDx; CEO y *founder* de [tecnética.org](http://tecnética.org); [www.ceciliadanesi.com](http://www.ceciliadanesi.com); Twitter/Instagram: @Ceciliadanesi.

(\*\*) Relatora de la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil; magíster en Derecho Civil (Universidad Austral); profesora de la Maestría en Derecho Civil Patrimonial (UCA) y de las asignaturas Obligaciones Civiles y Comerciales e Inteligencia Artificial y Derecho (UBA);

en un tiempo promedio de 2 horas y 27 minutos (1). Tales números, desde una perspectiva legal, tienen su correlato en infinidad de relaciones jurídicas que nacen y se desarrollan de forma virtual y originan un entramado complejo de derechos y obligaciones.

medalla de oro de grado y posgrado, becaria Fulbright y coautora del tomo VI del "Código Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias. Comentado, concordado y análisis jurisprudencial", dirigido por el Dr. Oscar J. Ameal. El presente trabajo fue realizado en el marco del proyecto de investigación 20020170200322BA para la Universidad de Buenos Aires Ciencia y Técnica —UBACyT—, programación 2021-2023.

(\*\*\*) BILINKIS, S., "Cómo nos manipulan en redes sociales", TEDxRiodelaPlata, disponible en <https://youtu.be/8nKCA9h-7BA> al 15/07/2022.

(1) "Los usuarios de las redes sociales equivalen a más del 58% de la población mundial", *Infobae*, 18/04/2022, disponible en <https://www.infobae.com/america/tecnologia/2022/04/18/los-usuarios-de-las-redes-sociales-equivalen-a-mas-del-58-de-la-poblacion-mundial/#:~:text=En%20la%20actualidad%20hay%204.620,se%20pasa%20en%20estos%20entornos> al 14/07/2022.

En tal sentido, los usuarios de redes sociales —y de plataformas digitales en general— son, a su vez, consumidores, según la definición legal de la figura (2). Ello importa que todo el sistema tuitivo de jerarquía constitucional previsto en defensa del consumidor, se aplica a la relación jurídica que se gesta entre las plataformas (proveedores) y los usuarios.

Según tal régimen, los usuarios virtuales tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos y a la libertad de elección. Asimismo, sopesa sobre las plataformas el deber de informar al consumidor de forma cierta, clara y detallada respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que proveen. Deben garantizar un trato digno y no abusivo y no pueden recurrir a publicidad que contenga indicaciones falsas que induzcan o puedan inducir a error o que sea abusiva, discriminatoria o motive al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad (3).

Enumeradas algunas de las previsiones que son receptadas por el ordenamiento jurídico a los fines de proteger al consumidor —entendido como un sujeto vulnerable inmerso en una relación dispar—, cabe reflexionar si aquellas son respetadas en el entorno virtual. Al consumidor o usuario de redes sociales, ¿le es suministrada toda la información relevante acerca del servicio que consume, de forma clara y detallada? ¿Tiene una verdadera libertad de elección para decidir ingresar a una plataforma o permanecer en ella? ¿No es inducido a comportarse de una determinada manera que podría ser perjudicial a su salud o a sus intereses económicos? ¿Tiene derecho a conocer cómo funcionan los algoritmos que gobiernan las plataformas?

Esos interrogantes pretenden fomentar una discusión acerca del modo en que son utilizadas y explotadas las plataformas digitales y su potencial colisión con ciertas normas o derechos del consumidor. Sin perjuicio del jugoso

(2) Arts. 1º, ley 24.240 (sustituido por pto. 3.1 del Anexo II de la ley 26.994, BO 08/10/2014) y 1092, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.

(3) Arts. 42, CN; 4º, 5º, 6º y 8º bis, ley 24.240 de Defensa del Consumidor; y 1097, 1100 y 1101, Cód. Civ. y Com.

debate que puede suscitarse desde una perspectiva vinculada a derechos humanos como la libertad de expresión, la privacidad o la dignidad (4) —o, más aún, desde una orientación sociológica—, este trabajo es menos pretencioso. La propuesta es partir del usuario como sujeto de consumo y que, como tal, goza de una protección especial que debe ser acogida en el contexto digital. Los próximos párrafos se orientan a examinar si ello es lo que ocurre o si el entorno virtual se escabulle de esas imposiciones.

## II. Consumo digital

No es novedad que el apogeo de la sociedad de consumo ha encontrado un universo inexplorado de la mano del entorno digital. Bajo la premisa cuestionable de que en Internet todo es gratis, la virtualidad se abrió paso en las sociedades modernas para ocupar un rol primordial en la vida de las personas. Ya hace más de dos décadas se proponía la práctica del supuesto acceso gratuito a la red, a cambio de que el usuario aceptara una determinada cantidad de publicidad en su pantalla (5). En definitiva, el usuario, deseoso de sumergirse en las múltiples posibilidades que ofrece la experiencia electrónica y motivado en que, en principio, no compromete su dinero, acepta ceder su tiempo, su atención, el estar expuesto a la publicidad de diversos productos, para formar parte del espectro digital.

En ese contexto, se ha recalcado que no es el usuario quien paga el producto virtual que utiliza, sino el auspiciante. En definitiva, eso lo convierte en el producto vendido (6). Es que su presencia —esos segundos, minutos y horas que destina a la plataforma— es lo que se cuantifi-

(4) Sobre este tema, ver DANESI, C., "La gestión algorítmica de las redes sociales y su afectación a la libertad de expresión, al derecho a la información y a la no discriminación", *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, vol. 7, nro. 26, 2022, ps. 156-196.

(5) "Antes de lo esperado, en la Argentina ya es gratis acceder a Internet", *La Nación*, 26/12/1999, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/economia/antes-de-lo-esperado-en-la-argentina-ya-es-gratis-acceder-a-internet-nid166175/> al 15/07/2022.

(6) ORLOWSKI, J. (dir.), "El dilema de las redes sociales", 2020, disponible en <https://www.netflix.com/title/81254224> al 15/07/2022.

ca en un valor susceptible de ser comercializado; cuanto más tiempo le dedique, mayor es su exposición a publicidades y, por ende, más cotizado es ese espacio. Las distintas plataformas digitales monetizan su negocio de esa manera. Compiten por la atención del usuario pues es lo que, en definitiva, pueden vender para publicidad. Para ello, recurren a diversas tácticas que promueven el mayor compromiso posible entre el usuario y su pantalla (7).

No es novedad, entonces, que las plataformas digitales —especialmente las redes sociales— buscan captar la atención del usuario y que no abandone su consumo. Así, herramientas de inteligencia artificial que se presentan como útiles y beneficiosas poseen una doble connotación; no solo pretenden hacer al servicio más amigable, sino también lograr que el destinatario lo continúe utilizando. Tal el caso de la modalidad de *scrolling*, que permite avanzar con facilidad de un contenido digital a otro (8). Basta con un mínimo movimiento táctil en la pantalla para deslizar de una propuesta a la siguiente. Incluso, ciertas plataformas lo hacen de forma automática, como ocurre con Netflix, Youtube y ciertas funciones de Instagram.

Al detenerse en este asunto, resulta llamativa la facilidad con la que se puede descartar un contenido y pasar al siguiente. La exposición es continua, ya se trate de redes sociales que prevén un primer acceso gratuito —al que, luego, se le pueden adicionar otros servicios pagos— o de un servicio que tiene un costo (como las plataformas de *streaming*), el objetivo es idéntico: captar, por el mayor tiempo posible, la atención del usuario y no dejarlo escapar.

Ello no necesariamente implica, *per se*, una táctica disvaliosa. Por un lado, es natural que cualquier proveedor de bienes o servicios, perteneciente o no al ámbito de la tecnología, bus-

(7) *Ibidem*.

(8) Definición de *scroll* según Cambridge Dictionary: "to move text or other information on a computer screen in order to see a different part of it" (mover un texto u otra información en una pantalla de computadora para ver una parte distinta del mismo), disponible en <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/scrolling> al 16/07/2022.

que fomentar el consumo de lo que vende. A su vez, en la esfera virtual, es factible que el usuario aprecie y aproveche todas las opciones que le ofrezca el sistema que hagan su experiencia más fácil y ágil. ¿No es acaso absolutamente útil que, seleccionada una serie de *streaming*, no se tenga que optar por reproducir cada capítulo sino que suceda automáticamente? ¿No resulta una práctica más placentera si se da de forma continua y sin interrupciones? En definitiva, es posible que esa herramienta sea concebida como una virtud desde el punto de vista del usuario.

Sin embargo, desde otra perspectiva, mecanismos como el *scrolling* exponen al usuario a una búsqueda permanente de contenido que lo satisfaga. Se repite un comportamiento —es decir, descartar lo que se ve y avanzar inmediatamente hacia lo siguiente— porque se entiende que, eventualmente, se va a alcanzar una publicación, una noticia, una imagen, un video que interese y entretenga. Entre otros aspectos, se destaca que, no importa por cuánto tiempo o cuántas veces el usuario lo realice, el contenido jamás se agota. Ese expendio ilimitado para entretener puede acostumar al usuario a esta mecánica, generando una suerte de dependencia (9).

A su vez, la conducta del consumidor o usuario —la que, en principio, pareciera provenir de una decisión libre— se revela como automática y predispuesta y puede desembocar en un uso indeseado o extendido al originalmente pretendido. A lo dicho se le añade que la propuesta es absolutamente personalizada en virtud del análisis específico de sus intereses —información recolectada y procesada mediante mecanismos de inteligencia artificial—. Todo ello induce a

(9) El *scrolling* puede ser comparado, de forma análoga, con el experimento llevado a cabo por psicólogos para estudiar la conducta, conocido como *skinner box*. En una caja se incluye un ratón, una palanca y una expendedora. En ocasiones, cuando el ratón aprieta la palanca, recibe comida a través de la expendedora. Así, el ratón aprende que, cuando presiona la palanca, en algunas oportunidades recibe comida, por lo que repite el comportamiento constantemente para obtener la recompensa. Cfr. "Why we can't stop scrolling", disponible en <https://edu.gcfglobal.org/en/digital-media-literacy/why-we-cant-stop-scrolling/1/> y [https://youtu.be/uBkeKv\\_6U4c](https://youtu.be/uBkeKv_6U4c) al 16/07/2022.

cuestionar acerca de si esa decisión de consumo es, efectivamente, libre **(10)**.

En el ámbito de las noticias, el fenómeno de sucumbir ante el dispendio ilimitado de artículos negativos ha sido bautizado como *doom-scrolling*. El usuario no busca recibir permanentemente noticias desalentadoras, sino que el contenido está cada vez más diseñado para detonar hiperexcitación, apelando a sus emociones primitivas de miedo e indignación que activan las zonas de su cerebro relacionadas con la supervivencia y lo incitan a acumular esa información. Ello, combinado con la técnica de diseño web conocida como *scroll* infinito, procura eliminar los breves momentos en los que podría dirigir su atención a otra actividad **(11)**.

Por otra parte, las notificaciones juegan un rol preponderante en la captación del usuario, especialmente a través de los *smartphones*. Originalmente, las mismas —que fueron incorporadas por primera vez en 2013 a los dispositivos Blackberry— tenían como objetivo que el teléfono se utilizara menos. Al alertar al usuario que recibía un mensaje o correo, le evitaba la práctica de tener que ingresar en reiteradas ocasiones para verificar su buzón. En cambio, en la actualidad, cualquier aplicación puede emitir notificaciones, sin necesariamente transmitir la recepción de un mensaje. El objetivo es, nuevamente, llamar la atención del usuario y provocar que ingrese a la plataforma **(12)**.

Asimismo, también se utilizan diversas estrategias publicitarias para estimular el consumo una vez dentro del sistema. Tal es el caso de los *banners*, que incluyen imágenes variables según quién sea el destinatario y que, en múltiples ocasiones, exhiben ofertas de bienes y servicios vinculados con búsquedas anteriores del usuario, incluso realizadas en otras plataformas. Para

(10) *Ibidem*.

(11) FITZGERALD, S., "Internet quiere mantenerte leyendo noticias alarmantes. Pero puedes liberarte", *The Washington Post*, 13/08/2020, disponible en <https://www.washingtonpost.com/es/lifestyle/2020/08/13/internet-quiere-mantener-te-leyendo-noticias-alarman-tes-pero-puedes-liberarte/> al 16/07/2022.

(12) HARRIS, T., exespecialista en ética de diseño en Google y fundador del movimiento "Time Well Spent", disponible en <https://youtu.be/NUMa0QkPzns> al 16/07/2022.

ello, se recurre al neuromarketing —vinculado a la neurociencia— el que, sobre la base de estudios relativos a los procesos cerebrales y cómo se desencadenan, mide la actividad neurobiológica del usuario cuando se lo expone a marcas, propagandas y otras estrategias de marketing y estima su impacto en el destinatario, con el fin de mejorar el mensaje publicitario **(13)**. Para lograr los objetivos expuestos se utiliza la tecnología persuasiva **(14)**, que utiliza inteligencia artificial para conocer los intereses del usuario y, sobre esa base, influir en su conducta.

La recepción es notoria y no solo afecta decisiones cotidianas de consumo, sino también otros comportamientos sociales de trascendencia, como ocurre con el sufragio. Es el caso de Facebook, que se vio involucrado en el escándalo internacional de Cambridge Analytica, por las elecciones presidenciales llevadas a cabo en Estados Unidos en 2016, entre otros procesos electorales **(15)**. Allí se denunció —lo que excede el marco del presente trabajo y se expone de forma meramente ejemplificativa— la divulgación de datos privados de los usuarios para que, sobre la base de esa información, se procurara influenciar a los votantes **(16)**.

(13) QUAGLIA, M. C., "Publicidad 4.0: posibles respuestas del régimen jurídico", 22/09/2021, AR/DOC/2115/2021.

(14) El doctor BJ Fogg acuñó el vocablo "tecnología persuasiva", en un libro publicado en 2002, que abordó cómo los dispositivos podían ser diseñados para influenciar actitudes y comportamientos. En la Universidad de Stanford dirige el "Behavior Design Lab" (Laboratorio de Diseño del Comportamiento), en el que se estudia el entendimiento de la conducta humana y cómo se debe diseñar para lograr su cambio. El objetivo es alcanzar modificaciones de conducta positivas y abordan diversos proyectos, vinculados con el cambio climático, la depresión, entre otras cuestiones. Disponible en <https://behaviordesign.stanford.edu/>, <https://www.bjfgogg.com/> y <https://behaviordesign.stanford.edu/research-projects> al 16/07/2022.

(15) "5 claves para entender el escándalo de Cambridge Analytica que hizo que Facebook perdiera US\$37.000 millones en un día", *BBC Mundo*, 20/03/2018, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43472797> al 16/07/2022.

(16) "Un fiscal de EE. UU. demandó a Mark Zuckerberg por el caso Cambridge Analytica", *Ámbito*, 23/05/2022, disponible en <https://www.ambito.com/mundo/facebook/un-fiscal-eeuu-demando-mark-zuckerberg-el-caso-cambridge-analytica-n5446143> al 16/07/2022.

En definitiva, son múltiples las herramientas a las que recurren las plataformas digitales para fomentar su consumo. Se advierte que han logrado una influencia relevante en la conducta del usuario, no solo para persuadirlo de utilizar su sistema sino también para lograr que, a través de su espacio, adquiera otros bienes y servicios. En ello, como se dijo, juega un rol preponderante la publicidad.

### III. Posible colisión con los derechos del consumidor y alternativas

El derecho del consumidor, de consagración constitucional, es la respuesta del campo jurídico a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas que atraviesan las sociedades como consecuencia de la consolidación de la llamada sociedad de consumo. Las relaciones entre los consumidores y proveedores se suscitan en un marco de desigualdad estructural, caracterizada por la debilidad y vulnerabilidad de los consumidores y usuarios, la que se proyecta en una dimensión jurídica, económica y de información (17). La especial protección que recibe el consumidor evidencia un intento de equilibrar esas posiciones disímiles.

La vulnerabilidad del consumidor frente al proveedor, que justifica la consagración de un régimen tuitivo especial, también se evidencia en redes sociales y otras plataformas virtuales. Los mecanismos expuestos tienden —aunque no necesariamente como fin directo— a que el consumidor controle cada vez menos el consumo del servicio digital. La decisión de ingresar o de permanecer en el entorno virtual es fomentada por potentes alicientes que el usuario no siempre logra distinguir o comprender cabalmente que se utilizan para captar su atención y convocarlo.

Ello evidencia un posible déficit de información, deber que, como se anticipó, reposa sobre el proveedor. Cuando las prácticas provocan semejante impacto en el usuario —en sus intereses personales, económicos, sociales y de salud,

(17) ALTERINI, J. H., "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", Ed. La Ley, 2ª ed., t. V, comentario al art. 1092, disponible en <https://proview.thomsonreuters.com> al 14/07/2022.

entre otros—, al punto de que logran moldear su conducta en el sentido deseado, deben ser particularmente advertidas a su destinatario. Pero esa información no solo convoca a los proveedores de bienes y servicios, sino también al Estado y a las asociaciones de consumidores y de usuarios, de reconocimiento constitucional. Así, en lo que respecta a los proveedores, podría pensarse que cualquier modificación al sistema orientada a su consumo automatizado (como es el caso del *scrolling*) debe ser advertida al usuario.

Similares observaciones pueden efectuarse con relación al derecho a un trato digno y no abusivo o al respeto de la libertad para contratar. Si bien el usuario de plataformas digitales puede abandonar su consumo si así lo desea, lo cierto es que los mecanismos utilizados para que ello no ocurra parecieran restringir notoriamente su campo de acción y de decisión.

Lo antedicho puede dirigir hacia una conclusión anticipada: que los servicios virtuales vulneran los derechos del consumidor y que, bajo tal premisa, se debe regular de forma más específica y restringir su actuación. Sin embargo, ello importa un desconocimiento de las bondades de las redes sociales y de otros sitios que son apreciadas por los usuarios, incluso tratándose de mecanismos utilizados para promover su consumo.

Así, se advierte que las posibles alternativas a los interrogantes propuestos no necesariamente deben importar restricciones o normativas rigurosas que se aparten de las conductas sociales masivas y del arraigo del uso que estas plataformas tienen en la sociedad. No obstante, algunas exigencias pueden resultar útiles para alertar al usuario de ciertas maniobras manipulativas y desalentar su concreción por parte de los proveedores. Por ejemplo, en concordancia con lo antedicho, se podría demandar que todas las plataformas que incorporen la opción de *scroll* infinito no solo lo informen al usuario sino también que no lo configuren por defecto, sino que deba ser activado por el consumidor (18). Otra posibilidad consiste en que las notificaciones se concentren en un determinado momento del día —prefijado por el usuario—, evitando la in-

(18) FITZGERALD, ob. cit.

vasión constante de carteles que busquen llamar su atención (19).

Otras opciones se vinculan con la importancia de ilustrar al consumidor para volverlo más consciente del servicio que consume, no solo por parte de las plataformas sino, como se dijo, también a través de organizaciones y entes estatales. En tal sentido, es factible promover la utilización de pantallas con escalas de grises para reducir el atractivo visual; reentrenar al algoritmo cliqueando en contenido que cubra una variedad de tópicos para evitar un contenido excesivamente personalizado; y utilizar funciones de los dispositivos o aplicaciones que limiten el tiempo de pantalla y temporizadores; entre otras (20).

Es que, así como las plataformas desarrollan conductas potencialmente nocivas de los derechos del consumidor, también son susceptibles de incluir las herramientas para su propio freno. Sea la exigencia provenga de regulaciones externas o de los propios usuarios —por la difusión de la información pertinente por las vías correspondientes— lo cierto es que las redes sociales ejercen un rol preponderante en la sociedad actual, lo que las hace adjudicatarias de responsabilidad por el bienestar de sus usuarios. Desde una perspectiva del derecho en general y especialmente en virtud de los principios que actualmente priman en el derecho civil, el objetivo conjunto debiera dirigirse a prevenir potenciales daños y no a paliarlos cuando ya ocurrieron; ello claro está, en sintonía con la ya vigente función preventiva de la responsabilidad civil contenida en los arts. 1710 y ss. del Cód. Civ. y Com.

Lo importante es resaltar el eje de este tipo de este tipo de consumo: las plataformas digitales deben estar al servicio de las personas y no al revés. Cualquier conducta que rechace esta máxima es susceptible de ser analizada como una potencial contradicción de los derechos del consumidor que, antes de sancionada, debiera ser evitada por todos los involucrados.

(19) HARRIS, ob. cit.

(20) FITZGERALD, ob. cit.

#### IV. Hacia una reconfiguración de los derechos de las y los consumidores frente a la era digital

Frente a la innegable transición del consumidor analógico al digital (transición considerablemente acelerada por la pandemia), las normas deben *aggionarse* a esta nueva realidad en pos de seguir protegiendo a aquellos ya no solo en el mundo físico sino también en el digital. Un claro ejemplo son los proyectos de Ley contra la violencia de género digital, denominados “Ley Belén” y “Ley Olimpia Argentina”. Una máxima expresión de ello, la representa los desafíos que ya comienza a imponer el tan anunciado Metaverso. ¿Cómo se protegerán allí los derechos de las y los consumidores hipervulnerables? De momento, debemos empezar —al menos— por la Web 2.0.

Existen varias aristas legislativas que el consumo digital impone reconfigurar. Una de ellas es el área de la responsabilidad civil, la cual —como hemos sostenido hace ya varios años— se trataría de un supuesto de responsabilidad objetiva basado en la cosa riesgosa o actividad peligrosa (21) (arts. 1757 y 1758, Cód. Civ. y Com.) y que tiene su correlato en las normas de protección de las y los consumidores. Otros segmentos que merecen particular atención son el deber de información, del cual se desprende la transparencia algorítmica y, la garantía del derecho de no discriminación.

En esa línea, la Unión Europea acaba de aprobar el “Paquete sobre servicios digitales” que incluye dos normas, la Ley de Servicios Digitales, que busca proteger los derechos humanos de las y los ciudadanos de la UE en línea, especialmente los de los más débiles como niños, niñas y adolescentes, y la Ley de Mercados Digitales, que pretende establecer condiciones de igualdad para las empresas de la UE, mediante la regulación de las gigantescas empresas tecnológicas.

(21) DANESI, C., “¿Quién responde por los daños ocasionados por los robots?”, RCyS, octubre de 2018, y “La responsabilidad civil en la era de la inteligencia artificial”, *La justicia uruguaya, Revista Jurídica*, nro. 156, diciembre de 2018.

La Ley de Servicios Digitales sigue un concepto de plataformas en línea en sentido amplio que incluye mercados en línea, motores de búsqueda, redes sociales, tiendas de aplicaciones, sistemas de pago, etc. Entre sus aspectos más destacables está el de darle mayor control al usuario/a sobre lo que ven en la plataforma. Por ejemplo, podrán recibir más información sobre la publicidad, denunciar el contenido ilícito y obtener una respuesta sobre las decisiones que se tomen (actualmente, no existe ninguna obligación para las empresas en este sentido).

En cuanto a la responsabilidad, se contempla que el prestador del servicio no será responsable de la información transmitida o a la que se haya accedido, siempre y cuando no haya originado la transmisión, no seleccione al receptor de la transmisión y no escoja ni modifique la información transmitida. En este punto, resulta interesante analizar si la alteración algorítmica del contenido implica o no una modificación a la información en los términos de la norma. Tal sería el caso del algoritmo de prominencia de Twitter (en teoría, ya en desuso) que recortaba las imágenes para una vista previa del tuit. En estos casos, además de producirse un daño de representación respecto de la o el creador (y más allá de las normas atinentes a propiedad intelectual) puesto que el contenido final no lo representa, también puede suceder que ocasione daños a terceros.

Como ya se señaló, uno de los protagonistas en la era del consumidor digital es el derecho a la información, con un nuevo matiz en la disposición bajo estudio denominado como “obligaciones de transparencia informativa”, la cual abarca diversas áreas. En primer lugar, en sus condiciones se deberá informar sobre las “políticas, procedimientos, medidas y herramientas empleadas para moderar los contenidos, incluidas la toma de decisiones mediante algoritmos y la revisión humana, así como normas de procedimiento de su sistema interno de tramitación de reclamaciones. Se expone en lenguaje claro, sencillo, inteligible, accesible al usuario e inequívoco, y se hará pública en un formato fácilmente accesible y legible electrónicamente”.

Actualmente existe un desconocimiento absoluto acerca de cómo las plataformas moderan el contenido a través de sus algoritmos y equi-

pos de revisores humanos. Si bien publican cierta información en sus blogs, ella es totalmente insuficiente e incompleta. Resulta insoslayable conocer las variables que tienen en cuenta los algoritmos para decidir qué publicaciones y contenidos se censuran a efectos de poder determinar si se están afectando o no derechos.

Finalmente, la Ley de Servicios Digitales crea lo que denomina como “obligaciones proporcionales” a cada plataforma en línea o motor de búsqueda conforme a la naturaleza de sus servicios y su tamaño. Las plataformas en línea de muy gran tamaño (aquellas que alcancen un número medio mensual de destinatarios del servicio activos en la Unión igual o superior a cuarenta y cinco millones y cumpla con los requisitos establecidos por la Comisión) deberán llevar a cabo evaluaciones de riesgo sistémico (auditorías independientes al menos una vez al año y a su propia costa) que deberán incluir: “cualquier efecto negativo real o previsible para el ejercicio de los derechos fundamentales, en particular los relativos a la dignidad humana, el respeto de la vida privada y familiar, la protección de los datos personales, la libertad de expresión e información, incluida la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, la prohibición de la discriminación, los derechos del niño y la protección del consumidor (...), cualquier efecto negativo real o previsible sobre el discurso cívico y los procesos electorales”, etc. Además, también se examinará si los siguientes factores influyen en los riesgos sistémicos y de qué manera: “a) el diseño de sus sistemas de recomendación y de cualquier otro sistema algorítmico pertinente; b) sus sistemas de moderación de contenidos”, etcétera.

En suma, la disposición europea marca un antes y un después en materia de plataformas digitales, estableciendo en cabeza de estas nuevos deberes, acordes no solo a su tamaño sino también a la delicada función social que realizan.

## V. Conclusiones

No tenemos dudas de que la enorme digitalización que estamos atravesando y que recién comienza implica un cambio de paradigma sideral no solo para el derecho del consumidor en particular, sino también para el ordenamiento jurídico en general. Así, las tecnologías incor-

poradas gracias a la Cuarta Revolución Industrial intensifican los riesgos a los cuales están expuestas las personas, motivo por el cual necesitamos nuevas normas que fortalezcan y protejan a los débiles de siempre: las y los consumidores y, en especial, a los hipervulnerables.

En ese marco, deviene imprescindible que esas nuevas regulaciones establezcan preceptos

claros en materia de responsabilidad, por una parte y, por la otra, nuevas obligaciones en materia de transparencia algorítmica a cargo de las plataformas, que podrán enmarcarse en el deber de información. En este camino, las auditorías algorítmicas periódicas se presentan como la herramienta clave para evitar la afectación a derechos sumamente sagrados como los derechos humanos.

# **COMISIÓN N° 11. ENSEÑANZA DEL DERECHO**

ENSEÑANZA Y EVALUACIÓN DEL DERECHO  
EN ENTORNOS VIRTUALES



# Transversalizar la enseñanza transfeminista del derecho

Soledad Deza (\*)

**Sumario:** I. Género, sujeto del derecho y confusión.— II. La perversión masculina del cuarto propio.— III. Conflictos situados para soluciones jurídicas justas.— IV. Conclusiones para seguir enseñando.

A 28 años de que Argentina incluyera dentro de su bloque constitucional federal la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de las Mujeres (CEDAW) y se formalizara el compromiso estatal con la igualdad de género, las feministas continuamos explicando en las facultades de Derecho y en la vida cotidiana de qué se trata la perspectiva de género.

El objeto de este trabajo es repasar de forma más o menos ágil cómo se integra ella en la enseñanza del derecho y por qué los espacios optativos para enseñar este tema no alcanzan a impactar de manera eficaz en el perfil de les egresades.

Nadie se atrevería hoy, en una sociedad de la globalización y a poco de salir de una pandemia mundial, a enseñar derecho sin tener competencias en TIC. El interrogante que atraviesa este trabajo es, a casi tres décadas de la constitucionalización de este enfoque de derechos humanos: ¿por qué la perspectiva de género continúa pareciéndoles discrecional a muchos profesores?

---

(\*) Abogada feminista (Fac. de Derecho, UNT); magíster en Género, Sociedad y Políticas Públicas (FLACSO); profesora de Feminismos Jurídicos (Fac. de Derecho, UNT); integrante del Consejo Asesor Ad Honorem del Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidades y del Consejo Asesor de la Dirección Nacional de Salud Reproductiva del Ministerio de Salud de la Nación; Ganadora del premio internacional "Servicio a otros" 2020 de la International Association of Bioethics; integrante del Grupo Asesor de la Sociedad Civil de ONU Mujeres (2022-2023).

## I. Género, sujeto del derecho y confusión

Alda Facio, jurista costarricense, señalaba en la década del 90 que "[e]s necesario comprender que la idea de incluir la perspectiva de género en todo el quehacer humano parte del convencimiento de que la posición absolutamente subordinada que ocupa la mujer en cada sector social con respecto a los hombres/varones de ese mismo sector social, y relativamente subordinada a todos los hombres/varones, no se debe a que 'por naturaleza' es inferior, ni se debe a que ha tenido menos oportunidades o menos educación aunque esas carencias contribuyen a su subordinación, sino a que la sociedad está basada en una estructura de género que mantiene a las mujeres de cualquier sector o clase, subordinadas a los hombres/varones de su mismo sector o clase y relativamente, con menos poder que todos los hombres/varones" (1).

La construcción histórica de la subordinación de lo femenino nada tiene que ver con la naturaleza y todo tiene que ver con la cultura. "Sexo" es la palabra con que se alude, generalmente, a las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y otros rasgos físicos y fisiológicos entre los seres humanos; y como categoría ordenadora de la sociedad, el sexo biológico reconoce varones y mujeres como parte de la especie humana. El género, en cambio, se refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo y los atributos en orden a esta categoría podrán ser femeninos o

---

(1) FACIO MONTEJO, A., "Cuando el género suena, cambios trae", Ed. ILANUD - Proyecto Mujer y Justicia Penal, San José de Costa Rica, 1992.

masculinos. El sexo asignado al nacer **(2)** no necesariamente coincide con el género —como en el caso de personas trans— e incluso, en ocasiones tampoco es biológicamente único —como ocurre en el caso de personas intersex— pero en todos los casos está incidido por la categoría género y los atributos de género que se construyen a partir de la diferencia sexual **(3)**. Esta aproximación no implica desentenderse de las vinculaciones entre biología y cultura, sino poner en evidencia que una cosa son las diferencias biológicamente dadas y otra muy diferente la significación que las sociedades asignan a esas diferencias en momentos y lugares determinados **(4)**.

El derecho es un producto cultural y social que reprodujo el orden sexual jerárquico; y si bien tiene el enorme potencial de corregir desigualdades, también tiene el poder de producir las y consolidarlas. El pensamiento liberal clásico se ha estructurado con base en un razonamiento de pares: racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, blanco/negro, cis/trans, público/privado, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular. A su vez, estos pares duales dividen esferas contrastantes o lo que es igual, resultan funcionales para hacer funcionar esos pares a modo de polos opuestos y de allí, antinómicos. La autora de “el sexo del derecho” reflexiona sobre tres características de ese sistema dualista que sirve de base a la construcción binaria de la sociedad: “Primero, los dualismos están sexualizados. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. Segundo, los términos de los dualismos no son iguales, sino que constituyen una jerarquía. En cada par, el término identificado como ‘masculino’ es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto o inferior. Y tercero, el derecho se identifica con el lado

‘masculino’ de los dualismos” **(5)**. Es fácil hoy en día identificar ese esquema de razonamiento liberal, por ejemplo, en la división sexual del trabajo sobre la cual se asentaron los postulados sociales de reproducción de la sociedad y la forma en la que impactó a la hora de que el sistema jurídico denote el cuidado como un “no trabajo” —función natural de las mujeres— y por ende al “ama de casa” como un ser improductivo y sin derechos económicos.

La construcción de lo femenino como un “otro” de lo masculino no sería necesariamente jerárquica, pero del mismo modo en que los hombres han dominado y definido tradicionalmente a las mujeres, un lado de los dualismos domina y define al otro **(6)**. El derecho reguló históricamente lo femenino a través de la restricción de las libertades y obligaciones específicas en materia de género como formas de dominación masculina. Recordemos la imposibilidad de las madres de impugnar la filiación paterna que subsistió hasta el año 2015 en los arts. 258, 259 y 262 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield, la incapacidad legal de las mujeres para administrar el propio patrimonio hasta la reforma de la ley 17.711 en el año 1968, la penalización de la soberanía sexual a través de la tipificación del aborto voluntario en cualquier edad gestacional hasta el año 2020, la privación del derecho de las madres a la patria potestad sobre los hijos matrimoniales subsistente hasta la reforma de la ley 23.264 del año 1985, la imposición de llevar el apellido del marido vigente hasta la reforma de sanción de la ley 18.248 del año 1969, la obligación del débito conyugal contenido en la obligación matrimonial de cohabitación **(7)** hasta 2015 y el avenimiento **(8)** que

(5) OLSEN, F., "El sexo del derecho. Identidad femenina y discurso jurídico", Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000.

(6) *Ibidem*.

(7) El "débito conyugal", que se traduce en la prestación de las relaciones sexuales que se deben recíprocamente los esposos, está contenido en el derecho-deber de fidelidad y no en el deber de cohabitación, como lo sostiene parte de la doctrina (ZANNONI, "Derecho de familia", t. 1, p. 347).

(8) El art. 132 del Cód. Penal, que mantenía la figura del avenimiento, por la cual una mujer víctima de violación podía, mediante el casamiento con su agresor, relevar a este de la pena de ese delito, fue derogado por la ley 26.738 del 21/03/2012. Dicha figura representaba un

(2) SUÁREZ TOMÉ, D., "Introducción a la teoría feminista", Ed. Nido de Vacas, Buenos Aires, 2022.

(3) LAMAS, M., "Género, diferencias de sexo y diferencias sexuales. Identidad femenina y discurso jurídico", Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000.

(4) JARAMILLO, I., "La crítica feminista al derecho, estudio preliminar. Género y teoría del derecho", Ed. Uniandes - Instituto Pensar, Bogotá, 2000.

permitió, hasta la reforma de la ley 26.738 de 2012, ambas expresiones estatales de legitimación de la cultura de la violación; la prohibición de realizar determinados trabajos que subsiste en el art. 176 de la LCT hasta la actualidad, la imposición de una identidad cis y la segregación jurídica de las personas trans hasta la sanción de la ley 26.743 hasta el año 2012, la discriminación de las familias homoparentales hasta la reforma de la ley 26.618 en el año 2010 son algunos ejemplos de una subalternidad política y social respaldada por el derecho.

Estas manifestaciones jurídicas de relaciones desiguales de poder reguladas por el derecho a partir de la biología tributan al principio *infirmittas sexum* (9) que, aunque nació para justificar la inimputabilidad de las mujeres en el campo del derecho penal, supo expandir sus sentidos incapacitantes hacia todos los campos en que resultó necesaria la infantilización, sujeción y tutela de las mujeres. ¿Cuál sino un lugar de subordinación política es el que proyectó ese derecho en la vida de las mujeres?

¿Qué, sino la certeza del derecho sobre la incapacidad femenina de razonar la voluntad general y de tomar decisiones colectivas más allá de las pasiones, es lo que nos impidió el derecho a votar en el siglo pasado? La ley "Sáenz Peña" reguló de manera universal, secreta y obligatoria el sufragio en la Argentina en 1912, pero las mujeres de este país pudimos votar 50 años después, una vez sancionada la ley 13.010 (10). Y es que el ejercicio feminista de desconfiar de los enunciados "universales" del discurso jurídico por corresponderse a menudo —los universales y el derecho— con el punto de vista del

anacronismo en la legislación argentina que respondía a una concepción inaceptable y patriarcal del rol de la mujer en la sociedad. De esta manera, la Argentina dio cumplimiento a las recomendaciones a este respecto tanto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) como de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

(9) GRACIOSI, M., "*Infirmittas sexum*. La mujer en el imaginario penal. Identidad femenina y discurso jurídico", Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000.

(10) Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-13010-47353/texto>.

poder resulta un ejercicio más franco y a la vez revelador del punto de vista masculino del derecho (11).

La reproducción de ciertos esquemas de sometimiento de las mujeres asentados con picardía en su naturaleza, en vez de en la mirada cultural del sexo de las personas, se ampara en parámetros masculinos que se consideran universales, que trazaron imperativos biológicos y culturales que luego el derecho recogió: los varones pueden estudiar, trabajar, votar, representar políticamente o administrar un patrimonio porque encarnan la razón; a diferencia de las mujeres, que por su condición biológica son aptas para la reproducción de la esfera privada y la maternidad, por lo que encarnan la pasión que, a su vez, las hace carecer de razón y provoca que no sean aptas para una serie de sucesos de la vida pública y privada.

Malena Costa (12) señala que el debate sobre la igualdad y la diferencia se impuso en el área jurídica a través del dilema igualdad de trato/tratamiento especial desde cuyo marco teórico se cuestionó el presupuesto de que el derecho pudiera establecer un campo procedimental neutro capaz de garantizar una recepción justa de todos los puntos de vista. En esta agenda se ubican las demandas y reclamos de tipo reformistas destinadas a lograr para las mujeres iguales derechos que los varones. Y en esta misma dirección se inscribieron también las acciones políticas y jurídicas feministas para evidenciar las desventajas aparejadas por las estrategias de igualación con apariencia de neutralidad que el derecho produce.

En línea con la disputa feminista teórica de la neutralidad de las normas jurídicas (13) se desarrolló la idea de "invisibilización" de las mujeres como sujetos de derecho para referir el razonamiento mediante el cual, bajo patro-

(11) FACCI, A., "El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Guilligan a Tove Dahal", *Revista sobre Enseñanza del Derecho*. Academia, año 3, no. 6, UBA, Buenos Aires, 2005.

(12) COSTA, M., "Feminismos Jurídicos", Ed. Didot, Buenos Aires, 2016.

(13) ALVIAR GARCÍA, H. y JARAMILLO SIERRA, I., "Feminismo y crítica jurídica", Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 2012.

nes masculinos —presuntamente universales y neutrales—, el pensamiento habilita la supresión de las experiencias y las necesidades de las mujeres.

Para contrarrestar esa supresión de género en el campo del derecho, algunos feminismos jurídicos propusieron la necesidad de una “jurisprudencia feminista” que reflejaría el punto de vista de las mujeres, asumiendo que “[l]a desigualdad por razón del sexo la comparan las mujeres. Es la condición colectiva de las mujeres” (14). Una jurisprudencia feminista, para Mackinnon, tendría que basarse en esa experiencia que hace de las mujeres un sujeto colectivo o, lo que es lo mismo, en la experiencia de dominación que hace a todas sexualmente subordinadas. Ahora bien, ¿cómo no reconocer que la operación racional de “invisibilización” de las experiencias de las mujeres corre alto riesgo de expresarse también en mujeres que buscan encarnar la voz unívoca de sujeto femenino?

Las reacciones feministas antiesencialistas cuestionan las posiciones teóricas que abogan por una experiencia de las mujeres que podría ser descrita de forma “absoluta” al prescindir de modos puntuales de existencias como son la raza, la clase, la identidad de género, la condición de migrante o privada de libertad, la posición económica, la religión, la edad y la orientación sexual, entre otras connotaciones de las mujeres (15). Y se inicia, a propósito de ese sesgo esencialista, un trayecto teórico para dismantelar la existencia de un sujeto femenino monolítico capaz de aunar hegemonícamente las experiencias de las mujeres bajo el paradigma académico de aquel entonces y sin reconocer su lugar de mujeres blancas, de clase media, cis-heterosexuales, instruidas y con una cómoda posición económica (16).

(14) MACKINNON, C., "Hacia una teoría feminista del Estado", Ed. Cátedra, Madrid, 1995.

(15) HOOKS, B., "Mujeres negras. Dar forma a la teoría feminista", en ESKALERA KARACOLA (ed.), *Otras inapropiables*, Ed. Traficantes de Sueños, Madrid, 2004, ps. 33-50.

(16) SPADE, D., "Una vida normal", Ed. Bellaterra, Barcelona, 2015.

Incorporando la noción de “interseccionalidad” (17) a la de género, los feminismos jurídicos antiesencialistas, problematizaron esa “injusticia epistémica” (18) proveniente del sujeto liberal del derecho —cis-varón, adulto, blanco, heterosexual, propietario, sin discapacidades y preferentemente católico en nuestra región— que se autopercebe y es percibido como el patrón de legitimidad del poder (19) al proyectar críticamente el mismo cuestionamiento liberal hacia el interior del pensamiento feminista.

La revisión de los postulados sobre los que se asienta la igualdad, la diferencia y la discriminación racializada de género es —y debe ser— permanente dentro de los feminismos. Hoy, asistimos perplejas a ciertas teorizaciones autopercebidas feministas que, apelando a las predicciones de naturaleza sobre el sexo biológico, reclaman la exclusión de las personas travestis y trans. La redefinición del sujeto político de los feminismos —a la vez el “sujeto del derecho”— supone la exigencia teórica de sostener que los diálogos con el colectivo LGBTTIQ han sido neurálgicos para ampliar la base de representación de un discurso donde no cabe ninguna discriminación transfeminista de “sujetos excentrícos, ni descentrados” de la biología (20).

La apelación social al campo de las leyes como praxis de ampliación de ciudadanía y lucha por la igualdad, no escapa a esa crítica. Entre las instituciones que más han contribuido a que el género funcione como una categoría que ordena jerárquicamente a las personas según su género y su sexo, se ubica el derecho en sus múltiples facetas productoras de sentidos: la ley, las instituciones, la jurisprudencia, la doctrina y, en general, toda práctica social discursiva que sirviéndose de las funcionales autolegitimantes de

(17) CRENSHAW, K., "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color", *Stanford Law Review*, 43 [6], 1991, ps. 1241-1299.

(18) FRICKER, M., "Injusticia epistémica", Ed. Herder, Barcelona, 2007.

(19) COSTA, M., ob. cit.

(20) MELONI GONZÁLEZ, C., "Disculpen las molestias, esto es una revolución, Transfeminismo o barbarie", Ed. Kaótica, España, 2020.

discurso jurídico reserva un lugar de inferioridad para todo lo asociado culturalmente con lo femenino. Entonces, si tomamos las críticas feministas a los “universales” y “neutros” (21) del derecho observaremos con facilidad que ni lo femenino es tan acotado a la hora de la discriminación, ni lo masculino tan generoso en el mundo jurídico a la hora del reconocimiento puesto que el sujeto del derecho, el destinatario de las promesas liberales no es cualquier varón sino un varón cis, blanco, adulto, clase media, propietario, instruido, sin discapacidad y heterosexual.

Al análisis legal de las desigualdades que fabrica el sistema cis-hetero-sexista en términos de género deben adicionarse las desigualdades de raza, edad, orientación sexual, religión y pobreza de cualquier imaginación justa de igualdad —de punto de partida, de medios, de resultados, de oportunidades, real, sustantiva o ideal— para confirmar finalmente que la desigualdad no proviene de la diferencia sexual, sino que es un producto de la cultura y la magia del derecho (22) colaboró activamente en la construcción de esas desigualdades.

Entonces, a poco de ahondar en un marco teórico que lleva varias décadas de producción feminista, se advierte que hablar de perspectiva de género en el derecho no significa hablar de cuestiones de mujeres, sino de relaciones de poder e instituciones que, bajo la apariencia de “racionalidad”, “objetividad”, “neutralidad” y, apelando a la “universalización” de patrones masculinos de comportamiento, “naturalizaron” la subalternidad de lo femenino en razón del género y otras interseccionalidades.

Mientras profesores y profesoras continúen sesgando la crítica feminista al derecho en la materia que enseñan, resultará más difícil cuestionar el carácter androcéntrico de las instituciones jurídicas y más fácil proyectar una justicia sexista. Hacer de cuenta —discursivamente— que el compromiso con la integración

(21) SMART, C., "La teoría feminista y el discurso jurídico. El derecho en el género y el género en el derecho", Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000.

(22) RUIZ, A., "De las mujeres y el derecho", en *Identidad femenina y discurso jurídico*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000.

de la perspectiva de género de género existe, mientras el diseño curricular de un plan de estudio elude computar las relaciones de género interseccionales que atraviesan la mayoría de los conflictos jurídicos, o bien, relega la mirada feminista a materias específicas sobre género —optativas o extraprogramáticas— se traduce en una operación institucional de invisibilización de este enfoque de derechos humanos.

## II. La perversión masculina del cuarto propio

En 1829, Virginia Woolf, escritora inglesa, aclara que cualquier mujer que quiera escribir necesita de 500 libras esterlinas y un cuarto propio (23). De esta forma, desgaja las limitaciones de género que impone un orden patriarcal donde el tiempo y el espacio son de los varones, y el patrimonio también.

De allí en más, la metáfora del cuarto propio es usada de manera emancipadora por los feminismos de distintas épocas para reivindicar lugares donde conseguimos estar a solas de las tareas de cuidado y a solas de la reproducción del hogar, ambas naturalizadas de manera femenina, tomando esa soledad de tiempo y espacio como un síntoma de una existencia por fuera de las expectativas sociales de género.

Cuando comenzó a incorporarse informalmente la perspectiva de género en la enseñanza del derecho las feministas habitamos estos espacios ganados a la universidad masculina como cuartos propios desde donde poder producir feminismos jurídicos y desde donde poder trabajar —a solas del yugo de las naturalezas jurídicas y los androcéntricos análisis de igualdad— otras miradas posibles del derecho.

Invertimos tiempo en formarnos, nos elastizamos para ocupar distintos espacios, nos fragmentamos para no resignar lugares estratégicos y hasta duplicamos muchas veces nuestras jornadas de trabajo docente para introducir el enfoque de género en cátedras ajenas y en charlas de extensión universitaria.

Participamos de la creación de cátedras libres para hablar de género, impulsamos miradas in-

(23) WOOLF, V., "Un cuarto propio", Ed. Losada, Buenos Aires, 2014.

terdisciplinarias en la formación de estudiantes, nos cargamos en las espaldas el proceso de erradicar el acoso sexual docente, organizamos los primeros posgrados específicos en la materia, disputamos nombres de materias y contenidos curriculares y dialogamos siempre con de los núcleos duros y los blandos de las gestiones universitarias para potenciar la integración de la perspectiva de género de género en nuestras facultades de Derecho. En distintas dosis las mañas patriarcales de distribución de poder y adjudicación de la palabra dentro la academia son iguales a sí mismas en todas partes y de allí el plural que nos denota y connota un poco a todas las profesoras feministas.

Ahora bien, ¿qué tan serio puede valorarse un enfoque teórico y práctico de derechos humanos dentro de la enseñanza del derecho si las únicas interlocutoras válidas para hablar de él son las mujeres? ¿Qué pasa cuando bajo la apariencia de reconocer el respeto por “la voz”, los profesores varones evitan aprender las críticas feministas de su quintita pedagógica? ¿Qué tan serio se toma el *statu quo* nuestro trabajo feminista si se nos invita como sujetos exóticos a matizar la existencia posiciones arcaicas de la academia? ¿Qué tan efectivo es que, a 28 años de la constitucionalización de la CEDAW, la enseñanza jurídica de la igualdad de género continúe siendo una cuestión de feministas? ¿Hasta dónde el cuarto propio de género se transforma en nuestra cárcel de género e impide la proyección eficaz de la mirada feminista en todo el derecho?

Toda la planta docente del derecho privado se vio obligada en las facultades de Derecho de todo el país a renovar sus votos con la enseñanza cuando se modificó, en 2015, la codificación civil y comercial. Numerosos cursos de actualización estuvieron en agenda académica y en la actualidad es altamente improbable que desde la docencia frente al aula alguien se atreva a reconocer que su clase es la misma que antes de la reforma. Sin embargo, a casi tres décadas de vigencia de los compromisos estatales con la igualdad de género, es bastante frecuente observar docentes que no diferencian teóricamente género de sexo y asignación sexual, que no comprenden la diferencia entre personas cis y personas trans y eluden, prolijamente, incorporar las críticas feministas al derecho en el dic-

tado de sus materias. Esta afirmación se vuelve más preocupante cuando escuchamos estudiantes a punto de egresar de la carrera que, respecto de la desigualdad de género, solo tienen un abanico de onomatopeyas que reproducen eslóganes de marchas o etiquetas de vulnerabilidad con que intentan mostrar cierto marco teórico, más allá de la posición más o menos empática personal.

Dimensionando entonces la importancia de la formación en género específica (enfoques teóricos, epistemológicos, conceptuales y metodológicos) como así también la importancia política de los espacios de género dentro de la académica, cabe destacar aún la necesidad vigente de “integrar”, al decir de Mackinnon (24), el género en todos los ámbitos de enseñanza del derecho.

La transversalización del enfoque amplía la base de aplicación de este e incrementa su proyección teórica a la faz práctica desde diferentes ramas del derecho. Ello equivale a consensuar que no alcanza con tener profesionales “especialistas” en temáticas de género disponibles para “interconsultas académicas” o para “hablar de género” en algún momento *random* del dictado de la materia, si quienes componen la cátedra no son capaces de descubrir y develar cómo impacta esta perspectiva al menos en los contenidos no negociables de su espacio.

En ocasiones se confunden “estudios de género” con “feminismos jurídicos” y allí se atomiza la crítica feminista del derecho en la historicidad y genealogía de las luchas feministas por la ciudadanía, pero no necesariamente se aborda de manera sistematizada y con la metodología adecuada el estudio de la teoría legal feminista, sus críticas al derecho y sus instituciones, las formas de subvertir el derecho con el uso del mismo derecho y la jurisprudencia que ha llevado hasta el día de hoy a poner en tensión las nociones liberales de igualdad, autonomía y libertad, como así también la crisis respecto de aquel atemporal y descontextualizado “sujeto del derecho” que fue el protagonista de las codificaciones que nos trajeron hasta aquí.

(24) MACKINNON, C., “Integrando el feminismo en la educación jurídica”, *Revista sobre Enseñanza del Derecho, Academia*, año 3, nro. 6, UBA, Buenos Aires, 2005.

El diseño curricular de las carreras de abogacía, los contenidos de los programas de enseñanza, la conformación de la estructura de las cátedras y la selección de la bibliografía para el dictado de las materias obligatorias y optativas, es también revelador respecto de la pertinencia de la pregunta de Bartlett sobre “¿Dónde está la mujer?”. Porque su ausencia es muy notoria en algunas ramas, y su sobre representación es muy marcada en otras. Advertir que la mayoría de las profesoras mujeres y la reseña de bibliografía de autoría femenina se ubica en materias como Derecho de Familia no es ninguna novedad, al igual que la presencia casi exclusiva de profesores y autores masculinos en materias como Derecho Procesal, Derechos Civiles, Derecho Penal o Derecho Comercial tampoco sorprende. Es más, comprobamos así el canon de la división sexual de la enseñanza del Derecho.

El cuarto propio para las profesoras que enseñan género y trabajan el doble para integrar el género en la enseñanza del derecho no cierra las cuentas académicas de las feministas.

Si la formación de grado reproduce —en el devenir académico— las mismas lógicas estereotipadas del derecho y las “neutralidades” que el Estado se ha comprometido a erradicar, precisamente por la desigualdad de género que imprimen a las relaciones sociales, es altamente probable que el perfil de quienes egresan de nuestras facultades sirva para consolidar esas asimetrías de género, en vez de corregirlas.

### III. Conflictos situados para soluciones jurídicas justas

Parte de las confusiones que observamos en el devenir de la administración de justicia y en el ejercicio de la abogacía provienen del desdén académico que posibilitó en la formación de los estudiantes la mirada acrítica que circunscribe al derecho privado —y dentro de este casi exclusivamente en el derecho de familia— el análisis legal feminista y transfeminista.

El “razonamiento contextual” (25) es eje de los métodos legales feministas y la pregunta “¿Dónde está la mujer?” busca, entre otras co-

(25) GOLDFARB, P., “Una espiral entre la teoría y la práctica. La ética del feminismo y la educación práctica”,

sas, develar que las plataformas normativas y sus interpretaciones jurisprudenciales, como también la doctrina del derecho se forjaron al calor de deducciones e inducciones masculinas que excluyeron históricamente a las mujeres y sus experiencias.

Solo mediante un adecuado razonamiento contextual es que pudo reinterpretarse la idea de legítima defensa privilegiada en casos donde la mujer que mata a su agresor vivió una situación de violencia doméstica preexistente y persistente, en una situación frente a la cual el derecho no ha tomado razón de las representaciones de peligro reales que puede tener una víctima a la hora de analizar la existencia de excesos o proporción en la legítima defensa (26). Si la enseñanza de estas ramas del derecho no toma en consideración que la violación del secreto profesional es el primer eslabón en una cadena de criminalización que tiene un sesgo de género (27) y si, además, se omite visibilizar la responsabilidad estatal que existe cuando eso ocurre en el seno de Instituciones públicas y el abuso judicial en la calificación penal de eventos obstétricos adversos bajo carátulas de “homicidio agravado por el vínculo”, poco podrá analizar un estudiante sobre los entrecruzamientos de género, privacidad y libertad en la persecución punitiva del aborto (28). Si estos temas solo figuran en la cartografía de los programas de la materia específica de género, es posible que quienes no opten por cursar esta materia no tengan herramientas para cuestionar la misoginia con que el derecho reguló la vida de los cuerpos feminizados y, por lo mismo, será poco probable que se incorporen en la enseñanza las críticas sexuales a la razón punitiva.

Rev. sobre enseñanza del derecho, Academia, año 3, nro. 6. UBA, Buenos Aires, 2005.

(26) MACKINNON, C., “Integrando el feminismo...”, cit.

(27) DEZA, S., “Secreto profesional y denuncia de aborto”, Rev. Perspectivas Bioéticas, FLACSO-UB, Barcelona, 2015.

(28) ÁLVAREZ, M., “La forma de criminalizar el aborto. Qué mujeres y qué procesos se llevan adelante, Jaque a la Reina. Autonomía, salud y libertad reproductiva en Tucumán”, Ed. Cienflores, Buenos Aires, 2014.

Solo mediante un razonamiento contextual será posible advertir la desigualdad de género que expresa que las deudas alimentarias (29), vector inocultable de violencia económica en las mujeres cuidadoras. Si las condiciones de desigualdad estructural que atraviesan las vidas de la maquinaria capitalista del cuidado, feminizadas por "naturaleza" para sostener la división sexual del trabajo, no permean en la enseñanza del derecho comercial, derecho societario, derecho tributario, derecho sucesorio y del derecho empresarial, pasará inadvertida la invisibilización del trabajo de las mujeres en las empresas familiares y los trasposos de poder entre padres e hijos excluyendo a las hijas como prolongación de la subalternidad consolidada también de las esposas. Otro tanto ocurre cuando omitimos dimensionar el sesgo sexista que encubre la calidad de quirografarios de los créditos alimentarios y las reparaciones por daños derivados de abuso sexual en un proceso de concursal (30) y en la misma línea, homogeneizamos el sujeto "contribuyentes" bajo paradigmas masculinos, será imposible advertir, por ejemplo, que los productos de gestión menstrual continúan sin ninguna clase de desgravación impositiva que tome en consideración la afectación del principio de igualdad (31) de cis-mujeres y varones trans en relación con esta carga. La crítica a la igualdad como principio y como derecho en estas ramas del derecho privado circunscripta al espacio curricular optativo específico de género privará de analizar el carácter androcéntrico del comercio, las bases imposables y la composición de las masas universales hereditarias y concursales.

Solo mediante un razonamiento contextual feminista desarticularemos las sospechas

(29) DE LA TORRE, N., "El incumplimiento de las cuotas alimentarias. Acceso a justicia, perspectiva de género y de las infancias. Repensar la justicia en clave feminista: un debate desde la Universidad", Ed. Del Sur, Buenos Aires, 2021.

(30) BOQUÍN, G., "Perspectiva de género en la normativa y los procesos comerciales. Repensar la justicia en clave feminista: un debate desde la Universidad", Ed. Del Sur, Buenos Aires, 2021.

(31) CORNELLO, S., "Aportes para una reforma feminista tributaria. Repensar la justicia en clave feminista: un debate desde la Universidad", Ed. Del Sur, Buenos Aires, 2021.

de afectación de la igualdad como principio y como derecho que tienen las acciones afirmativas como el cupo laboral trans o la paridad de género no solo en el estudiantado, sino también la sociedad. En este campo social del trabajo, al omitir la enseñanza del derecho laboral conceptos imprescindibles como sistema integral de cuidados, licencias igualitarias de género, techo de cristal, paredes de cristal, suelo pegajoso, brecha salarial de género, doble y triple jornada laboral, acoso sexual laboral y violencia laboral, no importa cuánto se enseñe de los casos "Pellicori", "Sisnero" (32) o "Borda" en las aulas, (des)igualmente se habrá evitado cuestionar el razonamiento masculino privilegiado que, apelando a la neutral idea de un contrato (33), primero sacó las luchas del movimiento obrero de los programas de estas materias y, actualmente, confirma la indiferencia de las diferencias sexuales en la fuerza trabajadora como mercancía pactable. ¿Dónde si no en derecho colectivo debe incluirse la lucha de las trabajadoras sexuales por su agremiación? Si el análisis feminista sobre las condiciones de igualdad/desigualdad en el acceso, el ascenso y las posibilidades ciertas que tienen mujeres, lesbianas, travestis y trans en el mercado laboral quedan relegadas a un "temita" del programa optativo de la materia específica género, será prácticamente imposible que la facultad prepare profesionales con herramientas adecuadas para desarticular el sexismo y el racismo (34) de las relaciones de empleo y el peso de las tareas de cuidado en la vida laboral.

Otro tanto ocurre con el derecho de daños, que tiene en algunos planes de enseñanza materias optativas, aunque se encuentra compren-

(32) PUGA, M. - OTERO, R., "La Justicia salteña y la inclusión de las mujeres en el mercado laboral: el caso 'Sisnero'", en EQUIPO LATINOAMERICANO DE JUSTICIA Y GÉNERO (ed.), *Derechos de las mujeres y discurso jurídico*, Ed. ELA, Buenos Aires, 2010.

(33) LOBATO, Julieta, "Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso 'Sisnero'", *Revista de la Facultad de Derecho*, 2019, disponible en <https://doi.org/10.22187/rfd2019n46a9>.

(34) LOBATO, J. - LERUSSI, R., "Aportes jurídicos-laborales para repensar una reforma judicial feminista. Repensar la justicia en clave feminista: un debate desde la Universidad", Ed. Del Sur, Buenos Aires, 2021.

dido también en materias de derecho civil que regulan la parte general, las obligaciones y los contratos. Allí puede observarse el giro académico más prolijo en la invisibilización de la desigualdad de género en la configuración jurídica del sistema de responsabilidades por daños y perjuicios, sus reclamos y sus reparaciones. Si la noción jurídica del evento dañoso permanece acríticamente definida bajo los patrones masculinos que esconden neutralizan la discriminación sexual como constante histórica social y la afectación de los intereses en razón del género continúa invisibilizando las lecturas de antijuridicidad y atribución de las conductas, esquivando la crítica feminista a las ideas de negligencia, impericia o culpa (35), sería ingenuo pensar que algún tipo de modificación en el universo en la reparación de daños, con perspectiva de género, será posible en cuestiones vinculadas a reproducción y la maternidad (36). Nombrar a la responsabilidad estatal, así sin más y ocultando las obligaciones convencionales con la igualdad de género y la erradicación de las violencias, u omitir dentro de los daños ambientales la crítica de las ecofeministas (37) sobre el andamiaje legal diseñado de manera colonialista para preservar y explotar la tierra sin computar la voz a los actores estratégicos de los territorios, impide transformaciones situadas de esos conflictos. Eludir enseñar que el derecho administrativo es un ordenador clave de exclusión/inclusión de identidades trans (38) naturaliza la marginación documental de la población que bajo parámetros de registro vive al margen de la ley y no habrá daños que resarcir de esa naturalizada actividad de clasificar según la biología. En esta idea, si en el dictado curricular de derechos de los consumidores se oculta que la única relación de consumo que se ve afectada por la objeción de conciencia es la que estructura el acceso a la salud sexual, reproductiva y no reproduc-

(35) MACKINNON, C., "Integrando el feminismo...", cit.

(36) FRUG, M., "Releyendo los contratos: un análisis feminista de un manual de contratos", *Revista de Derecho*, vol. 1, Universidad de los Andes, Bogotá, 2016.

(37) MARTURET, V. - GUNTER, V., "Mujeres y ambiente. Repensar la justicia en clave feminista: un debate desde la Universidad", Ed. Del Sur, Buenos Aires, 2021.

(38) SPADE, D., ob. cit.

tiva (39), las desigualdades de género habrán quedado ocultas bajo un paradigma de consumo ciego a las diferencias sexuales.

La integración de la perspectiva de género en la enseñanza teórica es tan urgente como la necesidad de que la enseñanza práctica del derecho también la incluya (40). La práctica profesional del derecho está íntimamente relacionada con la teoría legal feminista. Siguiendo Goldfarb, puntualmente sobre la enseñanza clínica, indica que "la posición de la educación práctica en las facultades de derecho no difiere de la posición de las mujeres en la sociedad. Aunque muchos piensen que estas corrientes tienen un rol preponderante en la sociedad, cada una opera, en gran medida, fuera del escenario principal" (41). Esta idea de fuera/dentro como un modo de mostrar jerarquías entre conocimientos teóricos y prácticos donde estos últimos son inferiores para la formación en derecho, es también utilizada por Kennedy cuando refiere a la noción de centro/periferia para mostrar el mismo esquema de subordinación entre conocimientos de derecho privado y derecho público, donde inocultablemente es el inicio par antinómico el que detenta dominación por sobre el segundo. Es decir, el déficit ético y el déficit cognitivo que observamos en la práctica de la abogacía actual debe buscarse primigeniamente en la formación, más que en algunas condiciones personales de los y las profesionales, que constituye la salida más tentadora y a la vez, la salida menos honesta del problema.

(39) DEZA, S., "Objeción de conciencia: herramienta de mayorías. Jaque a la reina. Salud, autonomía y libertad reproductiva en Tucumán", Ed. Cienflores, Buenos Aires, 2014.

(40) Me llamó mucho la atención que dentro de los "alcances del título" de la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho de la UNT correspondiente al Plan 2018, contempla recién en quinto lugar la tarea de "[e]jercer el patrocinio o la representación en actuaciones judiciales y administrativas". Antes de esa competencia está la finalidad académica de formar jueces, magistrados e integrantes de jurados de enjuiciamiento. Este dato confirma el sesgo crítico sobre la relación centro/periferia de la teoría y la práctica en la enseñanza del derecho. Ver: <https://www.derecho.unt.edu.ar/contenido.php?tipo=planesdeestudio&subtipo=planesabogacia&microtipo=plan2018>.

(41) KENNEDY, Duncan, "La enseñanza del derecho como forma de acción política", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.

La enseñanza tradicional del derecho procesal y constitucional omite poner en el tapete académico de las aulas que, en las últimas décadas, especialmente frente a la política reactiva de los conservadurismos religiosos contra los derechos sexuales, las nociones conceptuales corrientes de litigio estratégico, legitimación procesal activa, caso, división de poderes, republicanismo y roles del poder judicial se desdibujan. Sobre todo, en el último tiempo y en vista a la judicialización conservadora (42) de la ley 27.610 que derramó en 36 acciones judiciales federales y locales para revertir la validez de la ley invocando la representación de un interés de clase inexistente como es que proviene de la "clase fetal". Sin embargo, estos temas permanecen ocultos en la agenda de la enseñanza del derecho y sus programas curriculares, y estas críticas feministas aparecen —peyorativamente percibidas como militancia abortista— solo en espacios de formación específica de género o en la clase de alguna profesora feminista y con muy pocas posibilidades de incorporarse en la práctica profesional.

Si los programas de enseñanza de las materias Derecho Procesal, Derecho Constitucional, Clínica Jurídica, Destrezas, Práctica Profesional o Técnicas de Litigación Oral, además de no contar en su temario con visiones feministas acerca de la justicia (43) y los litigios, tampoco cuentan con bibliografía feminista sobre estereotipos de género, teoría probatoria y obligaciones estatales vigentes para el acceso a justicia con enfoque de género (44). Tampoco es accidental que los procesos que estructuran los conflictos de violencia de género estén ausentes dentro de los contenidos curriculares de estos espacios procesales y constitucionales, y también de la currícula de derecho penal y derecho de familia. Estos últimos refieren "violencia familiar" como contenido y sabemos que por aplicación del art.

(42) MONTE, M. - VAGGIONE, J., "Cortes irrumpidas. La judicialización conservadora del aborto en Argentina", *Revista Rupturas*, 9[1], 2019, ps. 104-122, <https://dx.doi.org/10.22458/rr.v9i1.2231>.

(43) LORENZO, L., "Visiones acerca de las justicias. Litigación y gestión para el acceso", Ed. del Sur, CABA, 2020.

(44) Recomend. 33 del Comité CEDAW sobre "Acceso a justicia".

42 de la ley 26.485 se excluye el primer marco regulatorio frente a un conflicto específico que encuadre en el segundo.

De la misma forma en que se construye a modo de par antinómico lo masculino y lo femenino, se construye jerárquicamente la enseñanza teórica y la enseñanza práctica —también la investigación— del derecho, quedando en esta cultura binaria esta última en los márgenes del interés académico y por lo mismo, en un lugar de disvalor. De allí que el valor del abordaje interdisciplinario de los conflictos —importante crítica feminista al elitismo del derecho— solo se relacione con las unidades procesales que contemplan actividades periciales, pero nunca sugieran interacciones en la atención de clientes, en la preparación de un caso y en la mirada de las soluciones respetuosas de la autonomía de quienes protagonizan un conflicto.

Algo similar ocurre con la materia Ética como optativa en el diseño curricular; al menos en nuestra Facultad de Derecho, está programada de manera teórica y con ningún tipo de aplicación práctica a la gestión de conflictos que favorezca la formación de estudiantes en dilemas cotidianos de ejercicio de la abogacía, mucho menos en dilemas éticos que dimensionen la diferencia sexual a la hora de analizar, por ejemplo, un conflicto de intereses como ocurre con la obligación de guardar secreto y la obligación de denunciar, la obligación de decir verdad, la obligación de respetar la autonomía y brindar información y las obligaciones que nutren una defensa y representación responsable de intereses ajenos ¿Qué tan posible será que el ejercicio de la abogacía evite reproducir las lógicas de poder patriarcales si en el marco de una relación asimétrica de poder no revisamos qué tanto puede decidir nuestro cliente con base en la información que le brindamos sobre sus opciones? En este último sentido de democratización del saber hoy en día está muy de moda exigir y festejar el lenguaje claro en las sentencias; ahora bien, ¿qué tanto de ese lenguaje claro es el que enseñamos que debe proveerse en el ejercicio de la profesión como una forma de achicar la brecha de poder entre quienes dominamos el derecho y quienes no?

Desde otro punto de vista, pero en dirección a fortalecer la integración de la perspectiva de

género en la enseñanza del derecho: si continúa enseñándose acríticamente que cualquier desigualdad de género o injusticia en razón de género es violencia de género solo porque el profesor o la profesora solo cuenta con esa herramienta teórica respecto de esta perspectiva, es altamente probable que la única aproximación que les estudiantes tengan a la noción de justicia feminista sea la de la ley 26.485. Y allí radica otro gran problema en el horizonte del corto plazo: si todo es violencia, nada será violencia. Entonces habremos estrellado, a consecuencia de la falta de competencias docentes, un instituto que vertebró el cuestionamiento a la división público/privado (45) para obligar al Estado a investigar, sancionar y reparar situaciones ocultas bajo un paradigma no “justiciable” construido a partir de la subordinación de género.

Finalmente, como denominador común para toda la enseñanza del derecho, el lenguaje inclusivo puede no ser obligatorio, pero asumamos quienes enseñamos que el discurso jurídico indica un lugar tanto para lo que se dice, como para lo que se calla. Usar en el lenguaje oral el masculino como sujeto universal en una clase puede ser el resultado inofensivo de la costumbre, pero omitir el lenguaje inclusivo (46) en la redacción de los programas de enseñanza y en la comunicación académica denota la irreflexión acerca de la perspectiva de género.

#### IV. Conclusiones para seguir enseñando

La perspectiva de género tiene como finalidad develar las distintas formas en que la sociedad se ha conformado históricamente de manera jerárquica predisponiendo poder para todo lo asociado culturalmente con lo masculino y subalternizando —en términos de poder— todo lo asociado culturalmente con lo femenino. Esa

(45) BELTRÁN PEDREIRA, E., "Justicia, democracia y ciudadanía. Las vías hacia la igualdad. Feminismos. Debates teóricos y contemporáneos", Ed. Alianza, Madrid, 2012.

(46) MINAGGIA, M., "Lenguaje inclusivo. Repensar la justicia en clave feminista: un debate desde la Universidad", Ed. Del Sur, Buenos Aires, 2021.

inferioridad de poder se construyó a lo largo de la historia sobre cuatro pilares: la violencia de género legitimada por las estructuras sociales, la falta de democratización de los vínculos familiares y el cuidado, la heteronorma como regla social y las visiones estereotipadas acerca de los roles sexuales. Todas las instituciones del derecho pueden ser revisadas a través de estos temas.

El derecho no es neutral, ni objetivo, ni racional a la hora de sostener esos pilares de subalternidad. Existe a la mano muchísima bibliografía producida en los últimos 40 años por los feminismos jurídicos para poner en crisis el sujeto liberal de regulación jurídica de forma tal que la perspectiva de género sea más que una metáfora visual (47). Es más, hay un tratado de siete tomos escritos por autoras argentinas sobre el tema, dirigido por Marisa Herrera (48), listo para ser consultado.

Hasta que eso verdaderamente ocurra, es útil que profesores y profesoras reflexionemos acerca de cuánto de crítica feminista del derecho se integró efectivamente en la formación de la abogacía y cuánto de estas críticas —abiertas o veladas— al orden sexual jerárquico permanecen naturalizadas en el diseño curricular, el contenido y la bibliografía de las materias, la extensión e investigación del derecho, los paneles y jornadas académicas, la regularización de los concursos y la planta docente, la agenda política de la Facultad, la organización interna de las cátedras, la forma de evaluar estudiantes y hasta la adjudicación de espacios físicos.

De la misma forma que una golondrina no hace verano, una materia específica sobre género no integrará eficazmente este enfoque en la enseñanza del derecho. Y en esta misma dirección, la crítica feminista del derecho tiene que dejar de ser patrimonio exclusivo de profesoras exóticas.

(47) VITURRO, P., "Constancias", *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Academia, año 3, nro. 6, UBA, Buenos Aires, 2005.

(48) "Tratado de géneros, derechos y justicia", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2020/2021.

# Reflexiones y aportes a la enseñanza del derecho en entornos virtuales

María Cecilia Lanús Ocampo (\*)

**Sumario:** I. A modo introductorio.— II. La enseñanza y el proceso de aprendizaje en entornos digitales con foco en la innovación legal.— III. Hacia la formación estratégica para el futuro abogado digital y tecnológico.— IV. A modo de conclusión.

## I. A modo introductorio

El gran catalizador. La pandemia COVID-19, aquel marzo de 2020, nos aceleró el proceso particularmente hacia la enseñanza del derecho en entornos virtuales. Se trata de una de las carreras universitarias más tradicionales y a la vez de las más elegidas por los jóvenes al momento de decidir su profesión futura. Al mismo tiempo, esa sólida columna de los saberes jurídicos se funde con el rol del abogado en su práctica profesional, de pura vanguardia. Así las cosas, los docentes sin mucho pensar nos vimos obligados por las circunstancias a sumergirnos e integrarnos a plataformas tecnológicas para continuar con el dictado de clases.

Al realizar un balance de qué y cómo fue el efecto de la pandemia COVID-19 respecto de la enseñanza, diremos que se trató de un gran ca-

talizador y acelerador a todos para aquellos que sin atrevernos demasiado nos acercábamos y mirábamos la tecnología venidera tímidamente. Ello no escapa el análisis en profundidad que deberá de realizarse por parte de los académicos y especialistas de las inequidades y vulnerabilidades que dejó a la luz la inesperada necesidad de mudanza a un entorno tecnológico, como lo es el virtual en la educación del país. Si bien ese tema importantísimo excede el presente trabajo, no podemos ser indiferentes a las desigualdades de oportunidades que reveló la emergencia para un estudiante el tener o no acceso a internet, el tener o no la posibilidad de una *personal computer* (PC, personal tal como describe la palabra), etcétera.

A quien le gusta enseñar, siempre ama aprender. Se ama la docencia, ese escalón más, que lleva a un conocimiento mayor, ese insaciable no límite que tiene el conocimiento sorprendente que a la vez transforma en desafío.

Si unos meses antes de aquel inolvidable marzo de 2020 nos decían que las clases se transformarían en remotas, por plataformas virtuales, ¿cuántos de los lectores habrán pensado que se sentían preparados?

Sin embargo, aparece en la vida de los muchos que aceptamos el desafío de la enseñanza y el aprendizaje virtual, sea Zoom, Meet, Teams, Blackboard, etc. ¡Qué osados al enseñar una dis-

---

(\*) Abogada (UBA); doctora en Finanzas (UCEMA); máster en Finanzas (UCEMA); directora de la carrera de Abogacía y del Área de Estudios en Derecho y Finanzas (UCEMA); profesora en grado y posgrado (UCEMA, UADE, UdeSA, Instituto Universitario ESEADE y Escuela de Posgrado CPACF; profesora invitada en Maestría del Derecho Comercial y de los Negocios (Fac. de Derecho, UBA); se desempeña en consultoría independiente asociada a proyectos, especialista en servicios financieros, gobierno corporativo, gestión de riesgos y finanzas. Las opiniones vertidas en el presente trabajo son exclusiva responsabilidad de la autora y no reflejan la opinión de UCEMA.

ciplina mediante un entorno virtual y al mismo tiempo aprender a cómo preparar las clases! (1).

Una de las tempranas reflexiones que surgen de esas primeras clases en virtualidad fue el darnos cuenta de que la tecnología estaba esperándonos, al alcance, y no llegábamos a verla. Así empezó el camino transformador de muchos docentes, directivos, gestores y casas de estudios. Para ese entonces, la tecnología aplicada fue un gran socio que aportó la continuidad, nos permitió no solamente trabajar sino fundamentalmente aprender, relacionarnos de otro modo —algunas fronteras de tiempo y distancia desaparecieron— y lo más importante quitarnos algunos miedos sobre la tecnología. Se trató de obtener más herramientas y entrar en un novedoso mundo de la enseñanza, aprendizaje y evaluación en un entorno virtual. La gran crisis de salud fue acompañada de una oportunidad única.

Dos años después y un tanto más amigos de la tecnología de la emergencia, cabe preguntarnos y reflexionar acerca de los alcances de la enseñanza y el proceso de aprendizaje para el alumno de derecho, a modo de autoevaluación y diagnóstico: ¿fueron clases con un recurso virtual?

*Prima facie* somos de la opinión de que no; la escena si hay que describirla se trató de docentes exponiendo cual conferencia magistral a los alumnos, con más o menos acción, con más o menos señal y en algunos casos a la soledad de cuadraditos negros o alguna mínima fotografía. Podemos a esta altura decir que se trató de un buen prototipo de intento de conexión.

Ahora, ¿qué es la enseñanza del derecho en entornos virtuales?

Para responder esta pregunta debemos salir de aquella experiencia de la emergencia, proyectar y ver en perspectiva que estamos educando a los abogados de hoy y futuros del 2030/2050.

Sin duda el presente es el momento más interesante y desafiante para la carrera de abogacía

(1) Desde ya que nos referimos a los formatos presenciales.

en mucho tiempo; cambios regulatorios, nuevos formatos laborales y habilidades nuevas a adquirir por parte de los estudiantes, como consecuencia de avances desde una mayor capacidad tecnológica a desarrollos de la inteligencia artificial.

Se han acortado distancias y tiempos, el conocimiento y la información están ahí donde hoy hay internet, donde todos estamos conectados. En síntesis, la forma de adquirir dicho conocimiento y relacionarse mutó.

## II. La enseñanza y el proceso de aprendizaje en entornos digitales con foco en la innovación legal

¿Cómo cambiamos el rumbo de las prácticas legales de clínicas y consultorios jurídicos universitarios a la práctica en incubadoras de tecnologías legales (legal Hub Tech)? ¿Cómo incorporar a la praxis del derecho la tecnología? ¿Cómo llevamos adelante la formación en competencias digitales? ¿Cómo eliminar la brecha de inclusión tecnológica, acceso y conocimiento?

¿Cómo adaptar la enseñanza al futuro, a las nuevas necesidades que hoy ni imaginamos? ¿Cómo entrenar hoy al abogado del futuro, donde la innovación será la clave de la competitividad del mercado jurídico?

Esas son algunas de las preguntas que podemos hacernos. Solamente tenemos preguntas, imaginación y ninguna respuesta concreta.

A fin de acercarnos a la experiencia de la enseñanza y el proceso de aprendizaje en entornos digitales con foco en la innovación aplicado al campo del derecho.

En este punto procuraremos contar las experiencias propias y las observaciones relevantes.

En primer término, menciono la importancia del convencimiento y el liderazgo por parte de la gobernanza de la universidad. Ningún cambio por novedoso y bueno que sea es posible si quienes conducen la organización no están comprometidos e involucrados. Entender y compartir esa situación garantiza un lenguaje común.

En este sentido, seguiré el trabajo de Rinaldi, Durand y Salas (2), quienes señalan: “Las experiencias de formación docente desarrolladas en la Universidad del CEMA en 2020 y en lo transcurrido del 2021, nos generaron dos aprendizajes fundamentales.

El primero de ellos es que hay un deseo inmenso de muchos profesionales de seguir formándose para su ejercicio docente. Lejos de encontrarnos con educadores incómodos y apáticos frente al uso de mediaciones tecnológicas, se antepuso la responsabilidad y la predisposición, entendiendo el momento crítico como una oportunidad.

El segundo aprendizaje tuvo que ver con el diseño y la instrumentación de la formación para los docentes. No se puede pensar en capacitar a docentes para la innovación si las mismas formaciones docentes no resultan atractivas, novedosas y disruptivas. En otras palabras, se enseña a innovar, innovando (Lucarelli, 2018; 2004)” (3).

Una acertada estrategia del rectorado frente a tamaña crisis fue decidir en un escenario de incertidumbre algunas certezas que nos tranquilizaron sobre los nuevos cambios. Tal caso fue iniciar las clases en la plataforma virtual una vez que capacitó a todos sus docentes, administrativos y alumnos de modo intensivo con las herramientas básicas, generando los tutoriales correspondientes y acceso a poder tomar la capacitación asincrónica. Esto generó la experiencia simétrica en alumno y profesor, de modo de sacar máximo provecho a la clase, se transformó en una experiencia colaborativa.

La asertividad, como señalan los autores a quienes seguimos, fue de la mano de “la implementación del Plan de Formación Docente centrado en la adquisición de herramientas pedagógicas y el uso de mediaciones tecnológicas, y se produjo un crecimiento exponencial de los programas de formación continua bajo la mo-

---

(2) RINALDI, Sebastián M. - DURÁN, María Catalina - SALAS URDANETA, Elaine V., "Apuntes sobre la innovación educativa en el nivel universitario", *Serie Documentos de Trabajo*, nro. 794, Universidad del CEMA, junio 2021.

(3) *Ibidem*, p. 9.

dalidad online, entre otras cuestiones (Addati, Rinaldi & Zablotzky, 2020)” (4).

Como señalan Rinaldi, Durand y Salas, “mientras que para muchas casas de altos estudios esto representó una crisis institucional, en otros casos significó una oportunidad invaluable de capitalizar”.

En este sentido, compartimos la visión que es clave en la implementación para que un proyecto de innovación educativa sea exitoso desde su gestión tres requisitos:

a) áreas estratégicas que coordinen el proceso —dependiendo del tipo de institución, serán modelos centralizados o descentralizados—;

b) líderes capaces e idóneos con un compromiso institucional a largo plazo; y

c) un cabal entendimiento de los aportes que la innovación puede realizar a la calidad educativa de una institución (5).

Hasta aquí podemos observar al menos dos ejes que convergieron en el modelo de éxito a nuestro criterio; por un lado, desde la propia organización encontrar la posibilidad de elegir la herramienta más adecuada a la cultura organizacional universitaria junto a la libertad y flexibilidad de organizarse en torno a ella, como consecuencia de la emergencia sanitaria.

En nuestro sistema, con cita en Rinaldi, Durand y Salas, contamos con un marco regulatorio frecuentemente restrictivo respecto de las posibilidades con las que cuenta una institución para elaborar propuestas formativas. Por eso, una de las claves para innovar en la elaboración de los planes de estudios es conocer en profundidad la normativa ministerial vigente en pos de (re)definir los márgenes de la autonomía universitaria (6).

Sin lugar a dudas, estamos frente a uno de los mayores desafíos de los últimos siglos en lo que podemos llamar nuevos modelos de aprendizaje, procedimientos, estrategias y recursos que

---

(4) *Ibidem*, p. 12.

(5) *Ibidem*, p. 13.

(6) *Ibidem*, p. 24.

enriquezcan el proceso de enseñanza y aprendizaje para el campo de derecho.

Otra enseñanza de la abogacía es posible, en el sistema tradicional la carga horaria reloj es fija, destinada a un determinado momento y espacio. Sale de una materia para pasar a otra. Se salta de una unidad a otra para cumplir con los requisitos de tiempo del programa. En tanto, los temas varían de complejidad como también, la concentración y comprensión, que es variable.

Lo importante es innovar. Hoy mirando aquellas primeras experiencias podemos concluir que se trataba en muchos casos de clases en formato tradicional frente a la PC como recurso tecnológico.

Quizás el episodio más interesante y metodología motivadora en cuanto a la dinámica que llegó a reinventarnos como docentes fueron las aulas híbridas que generaron una dinámica de enseñanza y atención dual diferente al mismo tiempo que activa. Este hito fue un gran eje innovador. De aquí en adelante las aulas se reinventaron, han cambiado los metros cuadrados por kilómetros, la enseñanza traspasa la fronteras políticas y husos horarios, las experiencias del alumnado crece exponencialmente y el método de aprendizaje también.

¿Alguna vez nos imaginamos internacionalizar de manera virtual temas globales del derecho?

Compartir un aula virtual común para estudiantes y docentes de varios países es, sin dudas, una experiencia sumamente enriquecedora. Superlativa. Tuvimos esa oportunidad de interactuar estudiantes, docentes y profesionales tanto de Europa como de América Latina. El objetivo fue altamente satisfactorio dado que no solo facilitó a los estudiantes un conjunto de técnicas, prácticas y procedimientos en la materia, sino además hacer asequible los diferentes instrumentos legales disponibles en el derecho comparado. La evaluación final versó sobre el diseño de un póster científico con tecnología Visual Law y Legal Design por parte de los estudiantes.

Así transcurrieron las jornadas virtuales de tres días continuos, las 20 horas para nuestros

alumnos, los estudiantes europeos y latinos. Se trataban de clases continuas, el cursado habitual más el cursado interuniversitario (7).

Estudiantes de instituciones de todo el mundo tuvieron la oportunidad de aprender en un gran espacio áulico sobre el lugar de la mediación y el arbitraje como política social destinada al fortalecimiento de la cultura de la paz, además de ser instruidos sobre el uso de nuevas tecnologías para su aplicación.

Experiencias como estas, que solamente son posibles en un entorno tecnológico y virtual, potencian de modo superlativo la experiencia del estudiante en su carrera y lo forma como futuro abogado para el mundo. Sí, para el mundo. Sé que muchos no compartirán, pero vemos que el futuro converge a mercados jurídicos comunes, diversos y descentralizados.

Elegir la estrategia y la forma de cómo enseñar deviene en el rol fundamental del profesor. Esto es, de cómo se relaciona el profesor con la tecnología y cuán creativo es en el diseño y la im-

---

(7) Desde el día 7 al 9 de abril de 2021, los alumnos de segundo, tercer y cuarto año de la carrera de Abogacía de la Universidad del CEMA participaron del Curso Interuniversitario Internacional "Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XXI", organizado por la Universidad de Alcalá de Madrid. Además de la comunidad académica de la Universidad de Alcalá y la Universidad del CEMA, formaron parte de este evento internacional la Universidad de Medellín (Colombia), el Instituto Global de Altos Estudios en Ciencias Sociales (República Dominicana), la Universidad de Panamá, la Universidad de Talca (Chile), la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, la Universidad Autónoma de Nuevo León (México), la Universidad Nacional de Córdoba, la Universidad de Chile, la Universidad de La Habana (Cuba), la Barra Queretana de Abogados, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje y el Tribunal Superior de Justicia de Querétaro. Los alumnos de UCEMA pudieron disfrutar de una experiencia académica y cultural enriquecedora, que los nutrió de contenidos de gran utilidad para su futuro profesional: "El curso fue de una excelencia inmejorable, se trataron temas de actualidad en el arbitraje y la mediación Internacionales que fueron abordados por especialistas ejerciendo en distintos países del mundo, dando así un panorama internacional", comentó Franco, del segundo año de Abogacía. "La experiencia agregó valor a mi perfil profesional y contribuyó a agregar a mi visión de la carrera la posibilidad de desarrollar un perfil más internacional".

plementación de experiencias de enseñanza y aprendizaje (8).

Otra enseñanza de la abogacía creativa es posible. Adoptar la cultura de la innovación en el derecho. Estimular al estudiante de abogacía en habilidades blandas.

Si hay certezas en cuanto a que los abogados, directivos, profesores y estudiantes de la carrera de abogacía han comprendido la relevancia de la transformación digital para el ejercicio de la profesión y la evolución de su carrera profesional.

Otras tecnologías aún son costosas para la inversión masiva en las universidades, pero es cuestión de tiempo y muy seguro será prontamente. Es interesante a modo de anécdota y para tomar dimensión recordar cómo ha sido la experiencia del lector con uno de los primeros procesos legales en ser impactado por la tecnología: la investigación legal. ¿Lo recuerda?

El cambio de los tomos y tomos de libros impresos a las bases de datos informatizadas de investigación jurídica comenzó en la década de los 90, y desde entonces pasamos de los CD a las bases de datos en línea y búsquedas legales online en la nube.

Sobre esas bases, no están tan lejanas las tecnologías emergentes que nos desafían nuevamente a diseñar la estrategia de aprendizaje, enseñanza y evaluación del derecho para los abogados de un futuro mediato.

La realidad aumentada (RA), de la lengua inglesa *augmented reality*, se define como una tecnología emergente que superpone información de carácter virtual en diversos formatos sobre cualquier elemento físico del entorno mediante el empleo de dispositivos móviles para generar una dimensión paralela y complementaria a la realidad con la finalidad de enriquecer y ampliar los objetos físicos de nuestro alrededor (Aznar *et al.*, 2018; Cabero y Barroso, 2018) (9).

(8) Internet y las tecnologías de la información y las comunicaciones —TICs—, aplicaciones, *software*, equipamiento de aulas híbridas y pizarras digitales.

(9) CABERO ALMENARA, J. y BARROSO OSUNA, J., "Los escenarios tecnológicos en realidad aumentada

La realidad virtual (RV) comparte algunas características en común con la realidad aumentada. La principal diferencia entre ambas reside en que la RA no reemplaza el mundo real, como en el caso de la RV, sino que conserva lo que percibe el usuario, completándolo con información virtual.

La virtualización de la enseñanza es una realidad, siendo necesaria una formación inicial de los futuros docentes orientada al conocimiento y uso de tecnologías educativas emergentes para el campo del derecho.

Otras dimensiones de la tecnología como innovación estratégica es el proceso de enseñanza es el enfoque invertido o *flipped learning* (FL) se presenta como una alternativa para el análisis de fallos, doctrina y casos.

El enfoque invertido o *flipped learning* consiste en transformar los espacios educativos, liberando al profesor del tiempo destinado a la exposición de contenidos en clase toda vez que ellos son asimilados por los alumnos fuera del entorno universitario por medio de videos de corta duración creados por el docente —Schmidt y Ralph, 2016 (10)—.

De esta forma se maximiza el tiempo virtual, se consigue mayor tiempo para fomentar prácticas motivacionales en los estudiantes dentro del espacio áulico aumentando las posibilidades de intercambios, interacción, pensamiento crítico y debate.

Esta práctica que se ha dado en llamar enfoque invertido o escuelas al revés (*flipped school*) consigue aumentar la atención y participación. La ventaja de esta estrategia es que en la exposición de los contenidos del profesor como disparador en los videos cortos hace que cada alumno pueda asimilar a su propio ritmo y cu-

(RA): posibilidades educativas en estudios universitarios", Universidad de Sevilla, <https://doi.org/10.17811/rife.47.3.2018.327-336>.

(10) SCHMIDT, S. - RALPH, D., "The flipped classroom: a twist on teaching. Contemporary Issues in Education Research", 2016, <http://search.proquest.com/openview/e79695261ac3ab2f626de837224d3afa/1?pqori-gsite=gscholar&cbl=2026881>.

riosidad, para más tarde en clase compartir las distintas elaboraciones y conclusiones.

Nuevas formas de aprender para entender y ejercer la profesión del abogado del futuro.

### III. Hacia la formación estratégica para el futuro abogado digital y tecnológico

Cuando pensamos en la formación de profesionales de excelencia obviamente es tema de agenda clave la formación estratégica para el futuro abogado de los próximos 5-10 años. Debemos hacer un esfuerzo en la región y en particular en el país en la formación de abogados tecnológicos y dicha formación inicia en el cursado de la carrera de grado donde los educadores tenemos la carga de estar enseñando y evaluando hoy para las futuras generaciones.

Nuestro desafío en la gestión educativa es la formación de los estudiantes nativos digitales en abogados digitales y tecnológicos para la Argentina del futuro y de la región.

¿Cómo estamos en la región? Si bien no contamos con muchas mediciones a modo de ejemplo de diagnóstico regional permítanme citar prepandemia, la encuesta realizada para México en 2018 la empresa proveedora de servicios legales Thomson Reuters y Lawgistic realizaron un estudio de opinión sobre Tech in Law reveló que más de la mitad de los profesionales legales en ese país están poco o nada familiarizados con las herramientas tecnológicas legales (*legaltech*) para la práctica y prestación de sus servicios.

En 2020 el Global Legal Tech Report Latin America y la Australian Legal Technology Association en colaboración con la Asociación Brasileña de Lawtechs y Legaltechs muestra que en América Latina un 21% de “personas ajenas al ámbito jurídico” están incursionando en la prestación de servicios legales; un dato que nos debe llamar urgentemente a la reflexión sobre las reales incumbencias del abogado y su rol frente a la innovación tecnológica (11).

(11) <https://thetrendinlaw.com/legal-trends-2/los-servicios-legales-ya-no-son-exclusivos-de-los-abogados/>.

Tiempo atrás nos preguntábamos (12): ¿por qué vamos hacia un cambio en el aprendizaje del derecho de la mano de la tecnología?

Porque esta dinamiza los procesos de los servicios legales y, con ello, cambian las relaciones y modalidades de prestación.

Marca como nuevo estándar dar rapidez a la entrega de servicios, a menores costos, con innovación de procesos, y a clientes situados en cualquier lugar del planeta.

Entonces, estamos frente a un nuevo espacio que necesita ser definido. Las carreras de derecho tienen que ser la primera escuela en acercar a los alumnos nuevas taxonomías de programas, donde el eje pase por el campo tecnológico.

Y en ese lineamiento, marcábamos puntos clave en la formación que hoy son relevantes para la agenda de este nuevo abogado digital:

- Está *aggiornado* a la IA y nuevas tecnologías. Necesariamente debe ser interdisciplinario y con habilidades creativas.

- Es tecnológicamente investigador. Todo aquello que forma el bagaje jurídico hoy nos servirá para reconocer conductas regladas para otros sistemas, que nos ayudarán a replantear y repensar el derecho venidero. Muchos institutos serán obsoletos y otros tantos habrá que redefinir.

- Es intemporal. Deberá alinear competencias y habilidades con el mundo tecnológico cambiante, que muta rápidamente y tiene su dinámica propia. Adaptarse a un entorno VICA (volátil, incierto, complejo y ambiguo).

- Innovador. Su ejercicio y actuación creativa tienen que adicionar valor. El valor estará supeeditado al reconocimiento que harán los clientes y el mercado jurídico sobre la importancia de todas estas habilidades. Sin duda, este nuevo paradigma llevará al cambio de la estructura de costos de los servicios legales.

(12) LANÚS OCAMPO, Cecilia, "Abogacía y tecnología. Una dupla que llegó para quedarse", <https://www.cronista.com/legales/Abogacia-y-tecnologia-una-dupla-que-llego-para-quequedarse-20180502-0004.html>.

- Los pequeños y medianos casos serán competencia de solución mediante IA. Los robots resuelven cuestiones simples y ello conlleva a menores costos en consultas más complejas.

Hace unos años junto a Sande T. y Katz, D. (13), escribíamos una nota luego de diseñar los primeros borradores para el primer curso de tecnologías legales que finalmente la pandemia dispuso que el curso se postergue al próximo verano se diera en formato virtual. En aquella nota de análisis justamente nos referíamos a la tecnología aplicada a la profesión y de cómo el "Legal Analytics está cambiando no solo nuestra manera de abordar la profesión legal, sino también de cómo interactuamos con otras áreas del mercado. En el marco del derecho, Legal Analytics trae beneficios a la hora de tomar decisiones en base al procesamiento de datos propios del área legal, orientando la tarea de los abogados no solo por inferencias genéricas fundadas en su saber técnico, sino con la concreta aplicación de modelos estadísticos que complementen las tareas de análisis, proyección y toma de decisiones. La aplicación de modelos de *machine learning* puede definirse como una rama de los sistemas de inteligencia artificial destinada a aprender sin necesidad de programar cuestiones específicas".

La IA y la evolución de desarrollos tecnológicos irán estandarización de determinados servicios jurídicos repetitivos y sencillos. El asesoramiento *online*, estandarización y automatización de procesos.

Adoptar la tecnología desde la formación de grado servirá no solo para prestar un servicio mejor por parte de los operadores jurídicos, sino que además esto llevará a nuestros futuros juristas a estar a la altura de la competencia y de los estudios del mundo.

Los cambios de hábitos y formatos laborales en los servicios jurídicos es un hecho, el teletrabajo, trabajo remoto, modelos híbridos y videoconferencias han mutado el esquema de la práctica legal del mercado jurídico esto está permitiendo optimizar la productividad.

---

(13) LANÚS OCAMPO, C. - SANDE T. - KATZ, D., "Legal Technologies", *Revista UCEMA*, 2019 (dic.), p. 26.

Estos cambios se verán más profundizados cuando la administración pública, organismos de estado y el poder judicial implementen las tecnologías legales. Al mismo tiempo que estas con el paso del tiempo se van a ir actualizando.

Como se señaló en una nota anterior estamos convencidos desde hace tiempo (14) que este es el momento oportuno de nutrir a los estudiantes de leyes de competencias y habilidades de tecnologías legales tanto para la futura regulación como para los problemas que hoy se presentan (15).

La innovación como creatividad en acción nos mide y enfrenta a una realidad pluridimensional donde la autonomía de la voluntad, la libertad de crear y la tecnología no conocen límites.

La tecnología que hoy utilizamos en un sinnúmero de cuestiones simples llevadas al campo del derecho y con la mirada puesta en los años venideros en la profesión del abogado nos conduce indefectiblemente a pensar creativamente, a investigar y desarrollar prototipos que nos per-

---

(14) LANÚS OCAMPO, M. Cecilia, "Abogados digitales: La hoja de ruta del estudiante de abogacía hacia el mercado legal del futuro", *Auno Abogados*, <https://aunoabogados.com.ar/contenidos/opinion-profesional/2451-abogados-digitales-la-hoja-de-ruta-del-estudiante-de-abogacia-hacia-el-mercado-legal-del-futuro>.

(15) Quiero compartir un caso real de creatividad e iteraciones frente a planteos legales: Camila y Augusto, estudiantes de 3er. año de la carrera de Abogacía en el curso de verano 2020 de educación ejecutiva sobre de *legaltech* que se dictó por primera vez en febrero de 2021 en la Universidad del CEMA, con motivo de la evaluación y cierre del último encuentro el mismo tenía el desafío de elaborar propuestas de aplicación de tecnologías a solucionar problemas concretos en áreas del derecho. Ellos desarrollaron la planificación patrimonial de activos mediante *smart contracts*, pensando en los envíos o el fallecimiento del propietario de criptomonedas, previendo que se hiciera a través de un oráculo que informe la defunción del causante. Esto simplemente es un ejemplo de simulaciones y diseño de soluciones creativas y de cómo debemos implicarnos en áreas de innovación y creatividad. En julio de 2021, una nota del diario ámbito titulaba "El multimillonario de Bitcoin Mircea Popescu murió ahogado en una playa de Costa Rica y nadie puede acceder a sus US\$2 millones en criptomonedas". Véase: <https://www.ambito.com/informacion-general/bitcoin/murio-y-nadie-puede-acceder-sus-us2-mil-millones-criptomonedas-n5212968>.

mitan mejoras en las tareas profesionales, entender preferencias de los clientes a fin de lograr soluciones alternativas con miras a ofrecer un mejor servicio legal, prevenir problemas, originar patrones y pronósticos para predecir resultados de problemáticas jurídicas, litigios y legislar en situaciones novedosas.

#### IV. A modo de conclusión

Hace unos años, *legal tech*, *big data*, *blockchain*, *smart contracts*, criptomonedas, criptoactivos, *tokens*, NTF, *machine learning*, tecnologías analíticas e inteligencia artificial se habían incorporado de modo incipiente en seminarios, conferencias y doctrina del área de las TICs (internet y las tecnologías de la información y las comunicaciones); en el presente son parte de muchas de las cosas de lo cotidiano.

Hoy otra enseñanza de la abogacía creativa es posible. Adoptar la cultura de la innovación en el derecho. Estimular al estudiante de abogacía en habilidades blandas.

Abogados, directivos, profesores y estudiantes de la carrera de abogacía han comprendido la relevancia de la transformación digital para el ejercicio de la profesión, la creación de valor y la evolución de su carrera profesional.

Otras tecnologías aún son costosas para la inversión masiva en las universidades, en poco tiempo estarán al alcance y hay que estar preparado. Entre ellas, las emergentes que nos desafía nuevamente a diseñar la estrategia de aprendizaje, la metodología de enseñanza y las formas

de evaluación del derecho para los abogados de un futuro mediato.

Comprender y saber acerca de tecnologías legales será un requisito ineludible para los abogados que deban responder a soluciones jurídicas que nos plantea el uso no tradicional de tecnologías que se desarrolla a pasos agigantados en el mundo y en la región.

El desafío es cambiar de paradigma, la supervivencia y sustentabilidad de las incumbencias del abogado para que siga en sus manos nos desafía a mudar el traje de la estructura rígida de los abogados a la búsqueda de flexibilidad, curiosidad, invención, diseño y pensamiento creativo.

La integración e implementación de la tecnología en la enseñanza del derecho en un entorno virtual ha requerido que los profesores aprendan, modifiquen y reestructuren sus metodologías educativas para así incorporar nuevas actividades, materiales, herramientas, recursos y métodos de evaluación.

El desarrollo de clases en un entorno virtual demanda un nuevo diseño de los contratos pedagógicos entre profesores y estudiantes.

Finalmente, para concluir queda la siguiente reflexión para atrevernos a abordar cambios de paradigmas en la enseñanza del derecho en entornos virtuales: “La curiosidad de la mente humana no conoce de límites y la de los estudiantes nativos digitales tampoco (!)”



## **COMISIÓN N° 12. DERECHO ROMANO**

EL DERECHO DE LEGÍTIMA: DE ROMA A LA ACTUALIDAD



# La legítima hereditaria: su evolución hasta la Argentina de hoy

Juan Carlos Ghirardi (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Derechos primitivos.— III. Derecho romano.— IV. Derechos del período intermedio.— V. El derecho patrio.— VI. Los primeros comentaristas del Código Civil.— VII. Alguna jurisprudencia.— VIII. La legítima en el Código Civil y Comercial— IX. Una opinión final.

## I. Introducción

Podríamos definir la legítima como el derecho que tienen ciertos parientes próximos, los herederos legitimarios, también conocidos como forzosos, sobre determinada porción del patrimonio del causante, que queda así a cubierto frente a las liberalidades que realice este, porción de la que no pueden ser privados sin justa causa de desheredación (1).

Por su parte Vélez Sarsfield la caracterizaba en el art. 3591 de su Cód. Civil como “el derecho de sucesión sobre una determinada porción de la herencia”. Esa porción era de cuatro quintas partes para los hijos (2), dos tercios para los ascendientes (3), y la mitad para el cónyuge cuando no existiesen ascendientes ni descendientes aunque los bienes fuesen gananciales (4). Es una porción del patrimonio y no de la herencia, porque se calcula no solo sobre esta sino también sobre los

bienes que hubiera donado el causante en vida. El resto de la herencia constituía la porción disponible, con la cual podía hacer los legados que estimara convenientes o mejorar a algunos o a todos los herederos legítimos (5).

El vigente Cód. Civ. y Com. no la define expresamente, pero de hecho lo hace en su art. 2444 cuando dispone que “tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito los descendientes, los ascendientes y el cónyuge”. Esta porción es de dos tercios para los descendientes y de la mitad para los ascendientes o el cónyuge (6).

En la legislación mundial actual coexisten dos sistemas, el de la legítima que han adoptado nuestros dos códigos civiles, y el de la libertad absoluta para testar. Los partidarios de uno y otro fundan su posición en diversas razones que paso brevemente a enunciar, no sin antes afirmar que se trata de una cuestión importante ya que implica una toma ideológica de posición. Pero veamos.

Quienes sostienen que debe ser obligatorio para cualquier ser humano que haga testamento conservar una parte o la totalidad de su patrimonio para sus herederos más cercanos in-

---

(\*) Doctor en Derecho; profesor titular plenario de Derecho Romano (UNC); presidente emérito de la Asociación de Romano de la República Argentina; miembro de honor de la Real Academia Española de Legislación y Jurisprudencia.

(1) Coincide en gran parte con la formulada en el trabajo de OVSEJEVICH, L., “La legítima”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1964.

(2) Art. 3593, reformado por ley 23.264.

(3) Art. 3594, t.o. por ley 23.264.

(4) Art. 3595.

(5) Art. 3605.

(6) Art. 2445.

vocan un fundamento moral fundado en que el lazo de sangre que existe con parientes de muy cercano grado hace necesario que la ley proteja la familia que estos conforman con el causante, familia a la que es imprescindible mantener unida ya que la agrupación de ellas es lo que conforma la nación. Se ha dicho además que la legítima es una forma de igualar a los ciudadanos evitando la concentración de la riqueza que podría producirse si cada uno pudiese disponer *mortis causa* de sus bienes a su total arbitrio, cosa esta última que en definitiva sería contraria a las ideas republicanas y democráticas, ya que facilitaría la formación de latifundios, la conservación indivisa de grandes patrimonios y, consecuencia de ello, conduciría a la conformación de una sociedad aristocrática.

Entre los países que adoptan este sistema, los hay que establecen una legítima fija para cualquier clase de legitimarios, como Alemania, Brasil, Perú y Venezuela, mientras que otros determinan una variable según el grado de cercanía en el parentesco, como Argentina, Francia, España, Italia, Uruguay, Colombia y Chile.

Por su parte los partidarios de la libertad absoluta de testar sostienen que el derecho de propiedad conlleva la facultad de disponer de los propios bienes en vida y también para después de la muerte, cosa que está de acuerdo con la autoridad de un *paterfamilias*. Por otra parte, de esta manera se permite evitar la fragmentación de un patrimonio, por un lado, mientras por el otro se salvaguarda el principio de libertad de que goza todo ser humano, ya que nadie es mejor que el titular de un patrimonio para decidir el modo en que se adjudicará este después de su muerte.

Se enrolan en este sistema por lo general, aunque no exclusivamente, los países anglosajones como Estados Unidos —con excepción de algunos estados como Luisiana—, Canadá y Nueva Zelanda.

Luego de pasar revista a la forma en que evolucionó la institución daré mi opinión personal al respecto.

## II. Derechos primitivos

Tienen en común la confusión entre las normas jurídicas destinadas a regir la vida del hom-

bre en relación con otros hombres y las del derecho divino, exactamente como sucedió en el derecho romano arcaico con el *ius* y el *fas*. Entre ellos voy a mencionar al hindú contenido en las Leyes de Manu, al babilónico plasmado en el Código de Hammurabi, al hebreo de Moisés y al griego de Solón.

En realidad, en ninguno de estos sistemas jurídicos se planteaba la cuestión de la legítima porque no se conocía el testamento, que recién va a aparecer en plenitud con el Derecho Romano. Podríamos decir, generalizando, que en un principio la propiedad era colectiva, es decir de un grupo familiar unido por el parentesco por línea masculina, que tenía un único patrimonio que el jefe de familia administraba como patriarca y director del grupo. Más adelante, cuando las familias se unen en ciudades, comienza a trocarse este mero carácter de administrador en el de propietario absoluto y universal.

El derecho hindú se ajusta a estos mismos parámetros; en un principio el grupo familiar estaba unido bajo el poder de un jefe, e implicaba un patrimonio y un culto comunes. Existía la progenitura, y en virtud de ella el primer hijo varón era el propietario de todos los bienes a la muerte del padre, si bien tenía el deber de cuidar y mantener a sus hermanos como si aún viviese aquel. Pero también podía resolverse repartir la herencia, caso en el cual cada uno de los hijos varones recibía una porción, aunque esta no era igual, ya que ella iba disminuyendo siendo mayor para el primero, inferior para el segundo, menor para el tercero y así sucesivamente. Las hijas mujeres, por su parte, estaban excluidas.

En Babilonia existió también la propiedad colectiva, aunque menos amplia que en la India. Así, antes del Código de Hammurabi el jefe de familia podía desheredar a cualquiera de sus hijos, inclusive totalmente, con la sola formalidad de la redacción de un instrumento ante testigos. Con posterioridad a la aparición de este cuerpo de leyes se requirió para ello una justa causa y el consentimiento de un juez.

El hebreo fue un pueblo que hizo del derecho el principal instrumento en su búsqueda de la justicia, quizá por ser su religión monoteísta. En sus remotos orígenes, según se desprende del Antiguo Testamento, el jefe de familia tenía to-

tal libertad para disponer de sus bienes tal como quisiera, aunque ya entonces existía la institución de la primogenitura que confería al hijo mayor el derecho de heredar el doble que sus hermanos. El orden sucesorio colocaba en primer lugar a los hijos varones, si no existieran estos, a las hijas mujeres, luego a los hermanos y a falta inclusive de ellos, a los tíos paternos. De no haber ninguno de todos estos parientes, eran herederos los familiares más próximos del mismo linaje.

En Grecia no existió un cuerpo de leyes como lo tuvieron los restantes pueblos sobre los que he expuesto, si bien son dignas de mención las leyes de Solón. En un principio la propiedad fue también colectiva, si bien gradualmente ella fue mutando en propiedad individual de la que era titular el jefe de la familia que integraba con sus parientes por línea masculina. Aparece ya el testamento, aunque este nunca pasó de ser un simple reparto de bienes, ya que el testador no podía adjudicar la calidad de heredero que siempre correspondió a los hijos legítimos. Conforme a las leyes de Solón, existía la más amplia libertad de testar a menos que se tuvieran hijos varones legítimos o que el testador hubiese obrado impulsado por maleficios, enfermedades, prisiones, violencia o la influencia de una mujer. Sin embargo, con posterioridad el derecho ateniense dejó sin efecto estas restricciones e instauró la más amplia libertad para hacer testamento sin limitaciones.

### III. Derecho romano

Se podría decir que, para que la necesidad de establecer una porción de la herencia que sea obligatorio dejar a los herederos forzosos se justifique, debería existir un testamento en el que el testador exprese su voluntad, a la cual haya que poner límites. El primer punto en cuestión es entonces establecer cuándo surge en Roma la costumbre de testar.

He leído muchas obras en las que se expresa que la realidad romana fue similar a la de los otros pueblos de la antigüedad, en donde la forma originaria de sucesión era la *ab intestado* y que la costumbre de testar surgió más tarde, con la evolución de la civilización. Esto parecería estar abonado por el hecho indudable que no todos tienen la oportunidad de expresar su últi-

ma voluntad antes de morir, sobre todo en esos tiempos lejanos cuando la expectativa de vida era reducida y había muchas más oportunidades que ahora para morir repentinamente por las constantes guerras y el escaso avance de la ciencia médica.

Sin embargo, no estoy de acuerdo con esa opinión, y pienso que la sucesión testamentaria convivió con la *ab intestato* desde los orígenes mismos de la ciudad. Léase, por ejemplo, a Aulo Gelio (7) quien, cuando narra el comienzo de la existencia del colegio sacerdotal de los hermanos arvales, refiere que Acca Laurentia, a quien había muerto uno de los doce hijos que tenía, legó toda la inmensa fortuna que había adquirido merced al oficio de la prostitución a Rómulo según algunos autores, o al pueblo romano, según otros. En realidad, no nos interesa cuál fue el beneficiario de ese legado, sino el hecho de que la mujer pudo haber dispuesto *mortis causa* de su patrimonio ya en los albores de Roma, y fue libre para dejarlo a alguien extraño a su familia de sangre, pese a mantener todavía once hijos con vida. Esto de ninguna manera puede decirse que sea una sucesión *ab intestato*.

Encuentro aún otro motivo que justifica mi opinión, en el hecho de que el testamento no era para los romanos únicamente la vía para disponer del patrimonio, sino también y fundamentalmente el vehículo por el cual se instituía un heredero, aunque la sucesión careciese de bienes para adjudicar. Ese heredero era quien reemplazaría al causante en el manejo del culto familiar y también en la titularidad del apellido y la dirección de la familia, cosa esta última importantísima ya que evitaba que los grupos familiares se extinguieran, dejando un hueco vacío en la estructura del Estado y del comicio. Sin olvidar por cierto que el hecho de tener un heredero que pagase sus deudas evitaba al causante la tacha de infamia *post mortem*.

En consecuencia, testar no era solamente un acto de contenido patrimonial sino que interesaba directamente a la estructura del Estado. No en vano el testamento en los primeros tiempos se hacía ante todos los ciudadanos reunidos en el comicio calado que debía aprobarlo.

(7) AULO GELIO, "Noches Áticas", Impresos López y Cía., Buenos Aires, 1959.

Y cuando por razón de una inminente campaña militar no era posible llegar a una de las fechas establecidas para esa reunión formal de los ciudadanos existía la posibilidad de testar, también públicamente, *in procinctu*, es decir ante el cinto de guerra del pretor, cuando todos los ciudadanos estaban formados y prestos para salir a combatir.

Ahora bien, de lo que se lleva expuesto se puede deducir que no existía libertad absoluta para testar ya desde muy antiguo. Esto se desprende del hecho mismo de la forma común de expresar la última voluntad que debía hacerse ante el comicio el cual obviamente, como sucedía con todas las asambleas populares romanas, debió haber tenido poder para rechazarla, por más que generalmente no lo hiciera. Pero también podríamos sostener lo contrario si pensamos en el testamento de Acca Laurentia ya mencionado, o en el testamento *in procinctu* donde el soldado exponía sus deseos en el aspecto sucesorio ante los compañeros de armas, sin que aparentemente existiera la posibilidad de controvertirlos. Esto está en consonancia con el testamento militar de la época imperial que estaba privado de toda formalidad. ¡Hasta este punto era importante dejar un sucesor!

Ahora bien, no hay duda de que, andando el tiempo, hubo una restricción para disponer libremente de los bienes en un testamento, ya que se debía respetar una porción que correspondía a los parientes por línea masculina más próximos que son quienes hubieran sido llamados a heredar *ab intestato*. Esta porción recibió el nombre de legítima, habiendo sido introducida por el tribunal de los *centunviro*s que probablemente se inspiraron en la Lex Falcidia del año 40 a. C. ¿Y quiénes eran esos herederos? Se los llamaba *sui heredes* o herederos de lo suyo, con una expresión muy gráfica, ya que recibían por herencia lo que ya decían suyo en vida del causante. Te invito a mi casa, podía decir un hijo de familia, aunque en realidad la casa no fuese suya sino del padre.

Concretamente se trataba, en el régimen del derecho civil quirritario, de todas las personas sometidas a la potestad del difunto, fuera esta *patria potestas* o *manus*, así como los hijos póstumos, llamados así porque habían sido concebidos, aunque aún no habían nacido al

momento de la muerte del padre, y todos ellos recibían la herencia aunque no hubieran realizado una aceptación expresa, por el solo hecho de seguir usando los bienes que la integraban luego del fallecimiento del *pater*. No integraban este orden los hijos emancipados ni tampoco la esposa casada sin someterse a la *manus* del marido.

El pretor corrigió esta injusticia dando la *bonorum possessio unde liberi*, con la cual introdujo dentro del orden de los sui heredes a los hijos emancipados y a todos los descendientes de sus hijos, por derecho de representación en caso de fallecimiento previo de estos, siempre y cuando por casamiento o adopción no hubieran ingresado a otra familia en la cual serían llamados a heredar. Finalmente, por las Novelas 118 del año 544 d. C. y 127 del 548 d. C., ambas debidas al emperador Justiniano, son herederos llamados en primer lugar los descendientes en primer grado del difunto, o en caso de haber premuerto alguno de ellos a sus descendientes por derecho de representación, sin que importara el sexo o que estuvieran, o no, sometidos a la potestad del causante. Igualmente los ascendientes, hermanos y medio hermanos siempre en el orden en que habrían sido llamados *ab intestato*. De haber recibido alguno de ellos en vida del difunto una liberalidad, debía colacionarla, deduciéndola de la porción legítima que le habría correspondido.

Esta porción legítima era originalmente de un cuarto del valor de la herencia, quedando el causante con la facultad de disponer libremente de los tres cuartos restantes. Posteriormente Justiniano introdujo una modificación (8), aumentándola en proporción al número de descendientes que existiese para repartir entre ellos, así siguió siendo de un cuarto si había hasta tres, un tercio si eran cuatro y la mitad si eran cinco o más. Con lo cual se generó una particularidad, ya que se daba el caso de que si hubiera tres hijos le tocaría 8,33% a cada uno, pero si fuesen cuatro 8,25%, de ser cinco más, porque el porcentaje subiría a 10% por cabeza, para bajar nuevamente a 8,33% cuando hubiese seis. De esta manera, existiendo cinco hijos cada uno recibía más que si hubiese tres o cuatro.

(8) Constitución 118, cap. 1.

Ahora bien, los *sui heredes* tenían derecho a la legítima y no podían ser preteridos en un testamento, pero era perfectamente válido que el causante los desheredase. Los requisitos de esta desheredación fueron cambiando con el paso del tiempo, así en la época del derecho civil quirritario los hijos varones debían ser desheredados específica y nominativamente, mientras que las hijas mujeres y los nietos en su caso podían serlo en bloque, cosa que los pretores mantuvieron variando sin embargo las consecuencias que acarrea la preterición como expondré en seguida. Por su parte Justiniano (9) fijó causas expresas y determinadas de desheredación, como por ejemplo atentado a la vida, injurias graves o acusaciones criminales.

La consecuencia de la preterición de algún heredero forzoso sin haberlo desheredado expresamente era la nulidad del testamento, que el omitido podía intentar contra el heredero instituido por la vía de la querrela de inoficiosidad y prescribía a los cinco años, de prosperar el testamento se declaraba nulo y la herencia se repartía como si el causante hubiese fallecido *ab intestato*. Por su parte, el pretor concedió la *bonorum possessio* al heredero preterido y más adelante, por una constitución de Juliano y Constancio del año 361 d. C. (10) se creó la acción de complemento de la legítima, que no perseguía ya la nulidad del testamento, sino que se integrara la legítima que no había sido respetada. Con Justiniano se decidió finalmente que la querrela de inoficiosidad solo podía ser ejercida por el heredero forzoso que no hubiera sido instituido o desheredado expresamente, pero a consecuencia de ella no se anulaba completamente todo el testamento, aunque caía la institución de heredero si no se hubiese respetado la legítima, pero se mantenían los legados. Por su parte, si únicamente se hubiese dejado de respetar íntegramente la porción legítima, solamente el o los herederos afectados tenían derecho a la acción de complemento de esta, pero no podían pedir la nulidad del testamento.

(9) Novela 115 y concordantemente Ulpiano en D.28.2.1.

(10) Constitución 115.

#### IV. Derechos del período intermedio

Me ocuparé aquí de los antiguos derechos español y germánico.

##### IV.1. Derecho español

Con la conquista romana se introdujo en lo que hoy es España la libertad de testar, cosa que originó una serie de abusos en virtud de los cuales los visigodos, que dominaron la región entre los años 414 al 711 d. C., trataron de poner límites por la vía de la legítima.

Durante el reinado de Chindasvinto, en el siglo VII, se promulgó la *Ley Dun Inlicita*, por la cual se establecía que cuatro quintas partes de la sucesión pertenecían a los descendientes, porción que podía incrementarse en un décimo más. Por su parte, el Fuero Juzgo, de la misma época, establecía (11) “que el omne que non ha fijos, ni nietos, ni bisnietos faga de sus cosas lo que quisiere”, o sea que, no habiendo descendientes, había pleno derecho a disponer libremente de los bienes por testamento.

El Fuero Viejo de Castilla (12) confirmó esa disposición con estas palabras “que todo omne fijodalgo, seyendo sano puede dar lo suo a quien quisier o vendermas de que fuer alechigdo de enfermedad acuitada de muerte, de que morier, non puede dar más del quinto de lo que ouier por sua alma, e todo lo al, que ouier devenlo eredat suos parientes, que ouier, ansi como ermanos de padre o de madre, e el mueble e las ganancias devenlo eredat comunalmente los hermanos maguer que sean de sendos padres o de sendas madres, e la erencia del patrimonio de vela eredat el pariente onde la erencia viene (...) quando fina algund fijodalgo, e a fijos o fija-se dejan loringas e otras armas, e cauallo e otras bestias, non puede dejar a ningund de los fijos menores ninguna de lo que ouier mas al uno que al otro saluo al fijo mayor”.

También fijaba el quinto como única porción disponible el Fuero Real de España (13) de 1225, el cual asimismo permitía mejorar a algu-

(11) Libro IV, tít. II, ley XXI.

(12) Libro V, tít. II, leyes I y IV.

(13) Libro III, tít. XII, ley III.

no de los descendientes con un tercio de esos cuatro quintos indisponibles **(14)**.

Asimismo, consagraba la porción legítima la Ley de las Siete Partidas **(15)** las cuales, por primera vez, hacían alusión a los medios que existían para defenderla. Además, reducían la porción de los legitimarios al tercio, si el número de descendientes era menor de cuatro y la mitad si fuese mayor, e incrementaba la cantidad de legitimarios incorporando en el número de estos a los ascendientes y hermanos, pero suprimía la posibilidad de mejorar la legítima de alguno de ellos.

Con las Leyes de Toro de 1505 **(16)**, cuyas disposiciones al respecto fueron confirmadas por la Nueva Recopilación de 1775 y la Novísima Recopilación de 1805 se volvió a la legítima de cuatro quintos para los descendientes. Por su parte también establecían que los hijos naturales y espurios que *no proviniesen de dañado y punible ayuntamiento* tenían derecho en la sucesión de la madre a una porción igual a la de los descendientes legítimos, siempre que estos no tuvieran a su vez descendencia legítima **(17)**. En cambio, carecían del mismo derecho sobre la sucesión del padre, quien solamente podía beneficiarlos a expensas del quinto de su porción disponible **(18)**.

#### IV.2. Derecho germánico

En una primera época no existía la propiedad individual; toda era colectiva, y el padre administraba sin poder enajenar y tenía una porción del patrimonio familiar igual a la de los hijos, no se conocía el testamento cosa que por otra parte no hacía falta, ya que a la muerte del padre sus herederos se repartían lo que ya era suyo de pleno derecho.

Esta situación cambió luego de que los bárbaros invadieron el Imperio Romano y entraron en contacto con su derecho. Debido a la influen-

cia de este, comenzó a admitirse la institución de heredero, cosa que podían hacer bajo la forma de un contrato solamente las personas que no tenían hijos, hijas o padres vivos. Era a título oneroso, es decir que quien iba a ser sucesor debía pagar por ello, e irrevocable, pero quedaba nulo si al causante le nacía algún hijo.

En caso de haber sucesores naturales, el padre solamente podía disponer de su parte de los bienes para dejarla a cualquier extraño, ya que el resto lo tenía en condominio con sus hijos varones; si en cambio tenía hijas, solo podía disponer de la mitad de su patrimonio o de un tercio, si eran varias. El testamento comenzó entonces a ser admitido por influencia de la Iglesia, que impuso duras penas a quienes no respetasen ese tipo de disposiciones de última voluntad realizadas en su beneficio o en favor de las almas.

Durante la Edad Media, la posibilidad de disponer de los bienes dependía de la clase social a la que pertenecía quien iba a testar. Los nobles tenían prohibido desheredar a los hijos, a quienes debía dejar dos tercios de su patrimonio repartido en partes iguales, pudiendo disponer libremente del resto, mientras que la mujer noble, si tenía hijos, debía dejarles la totalidad de sus bienes. Por su parte los burgueses, si bien debían repartir los bienes recibidos por herencia entre los hijos, aunque no necesariamente en partes iguales, podían dejar los adquiridos por ellos a cualquier persona, aún a los extraños. En fin, los agricultores debían dividir entre los hijos por partes iguales, y si no los hubiere entre los parientes de la línea de la cual provenían los bienes, las cuatro quintas partes de lo recibido por herencia, pudiendo disponer libremente del otro quinto y además de lo adquirido personalmente. En cuanto a los siervos no tenían derecho a disponer de sus bienes, salvo las liberalidades que quisieran dejar a la Iglesia.

#### V. El derecho patrio

Si bien en 1810 se formó el primer gobierno patrio en lo que luego sería la República Argentina, declarada formalmente independiente en 1816, en su territorio continuaron aplicándose las leyes españolas, hasta la sanción del Cód. Civil en 1871. No obstante ello, durante este pe-

---

(14) Libro III, tít. V, ley IX.

(15) Partida VI, tít. VIII, leyes I y ss.

(16) Leyes de Toro, leyes 6, 17 y 28.

(17) Leyes de Toro, ley 9.

(18) Leyes de Toro, ley 28.

río se dictaron algunas leyes que vale la pena mencionar.

En primer lugar, citemos la Asamblea del Año XIII, que abolió los mayorazgos, terminó con la esclavitud de nacimiento y prohibió la muerte civil, lo cual habilitó a los clérigos para testar.

Durante el período en que Buenos Aires estuvo separada de la Confederación Argentina, concretamente en el año 1857, se dictó allí una ley en virtud de la cual la esposa legítima, a falta de herederos forzosos, heredaba al marido y este a aquella con exclusión de cualquier otro pariente colateral, derecho que se perdía en caso de separación instrumentada judicialmente. Con posterioridad, en el año 1862, las provincias de Entre Ríos y Santa Fe sancionaron legislativamente la misma regla.

## VI. Los primeros comentaristas del Código Civil

Ya he mencionado, al principio de este trabajo, el concepto que de la legítima trae el Cód. Civil de Vélez Sarsfield en su art. 3591 y los porcentajes sobre esa parte que corresponden a los herederos forzosos que enuncian los artículos subsiguientes. Me restaría agregar que el primer codificador dedicó a la cuestión el tít. X del libro cuarto de su código que se titula precisamente "De la porción legítima de los herederos forzosos" y abarca desde el mencionado art. 3591 hasta el 3605 inclusive.

Lisandro Segovia (19) dedica a comentar este título sus notas desde la 2638 hasta la 2650, inclusive. En ellas, además de sus habituales críticas a las enseñanzas de "un profesor" que no es otro que Baldomero Llerena, encontramos algunas reflexiones interesantes, como la nota puesta al art. 3600 (nota 2644), según el cual el heredero forzoso a quien no se respetaba su porción legítima podía pedir el complemento de ella. Acertadamente dice Segovia que la norma se contraponía con el art. 3536, el cual establecía que la partición realizada por testamento o donación podía ser rescindida cuando no salvaba la legítima de alguno de los herederos.

En la nota 2639, al art. 3593, refiere que, aunque los nietos no sean herederos forzosos, son llamados en representación del padre premuerto y pueden ser desheredados. Cita igualmente la jurisprudencia de la CS, causa 386, en su nota 2646 hecha al art. 3602, para acotar que, del valor de los bienes dejados a la muerte del testador, a los fines de fijar la legítima deben deducirse las deudas, pero no los gastos causídicos. En fin, al comentar el art. 3604 la nota 2649 expresa que este fue tomado del art. 918 del Código Napoleón.

Baldomero Llerena (20) menciona como concordancias de este título del Cód. Civil de Vélez Sarsfield un estudio sobre la legítima hereditaria de Rómulo Etcheverry, las obras de García Goyena, Baudry Lacantinerie, Malpel, Troplong, Demolombe, Molina Arrotea, Hureau, Belástegui, Marcadé, Laurent, Aubry y Rau, Pothier, Proudhon y las suyas propias, así como otras notas contenidas en esta misma obra. Igualmente, el Fuero Juzgo, las Partidas, el Código Romano, las Institutas, fallos de la Corte y los códigos de Chile, de California, Francés, de Guatemala y de Nápoles.

Al inicio de su comentario plantea que existe una distinción legislativa y doctrinaria entre el sistema de legítima para los herederos forzosos y el de libertad absoluta para testar, exponiendo que no es parte del plan de su obra el defender la solución dada por el Cód. Civil. aunque, sin embargo, es lapidario al afirmar que los partidarios de la libertad absoluta han resultado "moralmente vencidos" en el conflicto, ya que el sistema de la legítima tiene por base la moral, la justicia y la estabilidad social, fundando luego extensamente esa afirmación.

Dedica un extenso espacio a refutar con distintos argumentos el pensamiento de Segovia, en cuanto este afirma que quien debe colacionar tiene que hacerlo aportando a la masa hereditaria el valor de lo previamente recibido cuando, en verdad, lo que debe restituir es la cosa misma que recibió. En fin, existen abundantes comentarios a los restantes artículos de este título.

(19) SEGOVIA, L., "Código Civil Argentino anotado", Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1894.

(20) LLERENA, B., "Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino", Ed. Carlos Casavalle, Buenos Aires, 1889.

Acdeel Salas (21) incorpora las concordancias de cada artículo con otros y asimismo jurisprudencia. Por ejemplo, el fallo de la Cámara Civil 1ª del 20/10/1939, que estableció que el cónyuge no podía ser excluido de la herencia por disposiciones testamentarias del causante que aparece como nota al art. 3592, o los fallos que declaran nulas las cláusulas testamentarias que restrinjan los derechos de los legitimarios que se ponen como nota al art. 3599. También la nota al art. 3601 que menciona el fallo de Cámara Civil 1ª del 31/12/1941, que declaró válidos los convenios sobre legados, aun cuando afecten la porción legítima, cuando fueron realizados entre herederos después de la muerte del causante, y varios fallos también mencionados en nota al mismo artículo sobre legados de cosas ciertas y donaciones inoficiosas.

El art. 3602 se encuentra anotado con abundante jurisprudencia relativa a la determinación de la porción indisponible la cual, entre otras cosas, debe ser cuantificada al momento de la muerte del causante, incluidas las donaciones que este hubiese hecho en favor de terceros, pero excluyendo la porción que corresponde al cónyuge supérstite. Al art. 3604 se incorpora como nota diversa jurisprudencia referida tanto a que la norma comprende tanto a las sucesiones testamentarias cuanto a las *ab intestato*, cuanto a los actos alcanzados por el artículo, su aplicación para el supuesto de diversos actos jurídicos, casos de inaplicabilidad, naturaleza y efectos de la norma, presunciones de gratuidad y supuestos de enajenación a favor de algún legitimario por interpósita persona. Finalmente, la jurisprudencia con que se anota el art. 3605 menciona un fallo de la Cámara Civil 1ª del 26/04/1927 sobre concurrencia de legitimarios.

Existen asimismo citas tanto de normas anteriores, como las Partidas, el Código Romano así como las Institutas, y los Códigos Francés, de Nápoles y el Proyecto de Goyena. Igualmente, de autores tales como Troplong y Demolombe.

---

(21) SALAS, A., "Código Civil y leyes complementarias anotados", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1959.

## VII. Alguna jurisprudencia

Veamos ahora alguna jurisprudencia de nuestros tribunales sobre lo que disponía el Código de Vélez Sarsfield.

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala I, 02/10/2008, "Mejías, Lidia E. c. Mejías, Adrián R." (LLNOA 2009 [feb.], 73, AR/JUR/19843/2008): "Para el ejercicio de la acción de reducción o complemento emergente del art. 3604 del Cód. Civil, no es necesario promover acción de simulación ni querrela de falsedad de la escritura que instrumenta el acto, porque en aquellos casos en que el causante transmite la propiedad de un bien a uno de sus herederos forzosos con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, la ley presume sin admitir prueba en contrario, que se trata de una liberalidad encubierta que fue realizada con dispensa de colación (...).

"Corresponde hacer lugar a la acción de protección de la legítima —acción de reducción o complemento— incoada por el coheredero en los términos de los arts. 3600 y 3604 del Cód. Civil, ordenando que el valor del bien transmitido por el causante de exceder la porción disponible sea traído a la sucesión a fin de su reducción, en caso de encontrarse afectada la legítima de la actora, pues, se encuentra acreditada la transferencia del inmueble con reserva de usufructo realizada por el causante a favor de uno de sus herederos forzosos y la actora no ha consentido tal enajenación.

"En el marco de una acción de reducción o complemento incoada en los términos del art. 3604 del Cód. Civil, no corresponde determinar el valor del bien transmitido con reserva de usufructo computando solo el valor de la nuda propiedad, sino el valor pleno de la misma, pues la muerte del usufructuario extingue el usufructo volviendo pleno el dominio del nudo propietario —arts. 2920, 2929, 2810 y 2943 del Cód. Civil—.

"Debe rechazarse la excepción de prescripción deducida contra la acción de reducción o complemento incoada por el coheredero en los términos del art. 3604 del Cód. Civil, pues tratándose de una acción personal corresponde aplicar el plazo de prescripción de diez años —

art. 4023 del Cód. Civil— que comienza a correr desde el fallecimiento del causante”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 12/03/2008, “S. V., A. M. y otros c. Sucesión de H. Z. de S. V. y otros” (LA LEY del 07/05/2008, 5, con nota de Mariano [h.] Gagliardo; LA LEY 2008-C, 285, con nota de Mariano [h.] Gagliardo; AR/JUR/407/2008): “Visto que las objeciones que generalmente se realizan a los actos del causante que afectaron la legítima tienen su origen en negocios fraudulentos o simulados que encubren verdaderas donaciones, resulta imprescindible intentar las acciones de simulación o nulidad en forma conjunta con la de reducción”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 13/10/2005, “Kipperband, Pinchos” (LA LEY del 30/11/2005, 11 - LA LEY, 2005-F, 635, AR/JUR/4367/2005): “Los hijos del desheredado pueden entrar en la sucesión de su abuelo, dado que, de acuerdo a lo previsto en el art. 3749 primer párrafo del Cód. Civil —modificado por la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810)—, heredan a través de un derecho de representación *sui generis*, que opera aun en vida del representado, y tienen derecho a la legítima que este hubiera tenido de no haber sido excluido”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 09/09/2003, “B. de V., A. E. y otro” (LA LEY 2003-F, 698, AR/JUR/1927/2003): “Los parientes colaterales del causante que no tiene ni ascendientes ni descendientes carecen de legitimación para demandar la colación respecto del testamento que instituye heredero, pues dicha acción está reservada exclusivamente a los herederos forzosos”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 12/12/2002, “Santesteban, Jorge L. c. Santesteban, Víctor H.” (LA LEY, 2003-D, 271, AR/JUR/5413/2002): “El heredero que sostiene que el causante ha efectuado una donación —en el caso, acciones de una sociedad— afectando la legítima, debe efectuar los cálculos pertinentes sobre el valor del patrimonio del causante, de su porción disponible y de lo que correspondería por su porción legítima”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 15/07/1998, “Gerez, Alberto A. c. Herren-

dorf de Baccetti, Olga F. y otros” (LA LEY, 2000-B, 375, AR/JUR/4535/1998): “Cuando el testador carece de herederos forzosos, puede disponer *mortis causa* de la totalidad de sus bienes, según la facultad reconocida por el art. 20 de la CN, ya que no se encuentra obligado a respetar ninguna legítima”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 17/07/1992, “Oneto, Tomás c. Goutman, Judith” (AR/JUR/198/1992): “El art. 3605 del Cód. Civil al establecer que de la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente o mejorar con ella a sus herederos legítimos, se refiere a las mandas en que se dona un objeto particular y no a los de cuotas, por lo que nada se opone a que el causante disponga de una cuota parte de su ‘herencia’ siempre que no afecte la legítima”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 20/05/1981, “Dufour de Busco, María, E.” (LA LEY, 1982-A, 580, AR/JUR/1909/1981): “La naturaleza de la vocación hereditaria no puede verse alterada en virtud de la índole de la legítima que se defiende en doctrina, atento, en el caso, a la institución de herederos que contiene el testamento. La situación no puede variar, sea que se atribuya a la legítima el carácter de *pars hereditaris* o de *pars bonorum*, esto es, que se entienda que el titular de la porción legítima de una sucesión lo es en su calidad de heredero del causante y que tiene derecho a que se lo declare tal si fuere omitido en el testamento o, por el contrario, que se considere a aquella como un derecho distinto e independiente de la calidad de heredero, con las derivaciones que semejante tesis permite (legitimario legatario, legitimario beneficiario de cargo, legitimario donatario, legitimario preterido)”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 04/07/1978, “Franco de Marini,” AR/JUR/591/1978: “El albacea, en caso de que, el testador no le hubiere asignado facultades, tendrá todas las necesarias para la ejecución de la voluntad de este, según las circunstancias. Los poderes del ejecutor testamentario, según ello, se restringen el mismo cuando hay herederos forzosos, debido a la naturaleza de la legítima que les pertenece no como una concesión del causante sino como un derecho que les da la

ley, con prescindencia o aun contra la voluntad del testador”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, 10/08/1953, “Cambo, Francisco de Asís (suc.)” (AR/JUR/21/1953): “Quien es titular de la porción legítima de una sucesión lo es en su calidad de heredero del causante y tiene derecho que se lo declare tal si fuere omitido por este último en su testamento”.

### **VIII. La legítima en el Código Civil y Comercial**

El Cód. Civ. y Com. que puso en vigencia la ley 26.994 legisla sobre la porción legítima en los arts. 2444 al 2461 del tít. X de su libro quinto. Al margen del concepto de la institución que trae el primero de los artículos del título al que ya me he referido, el siguiente 2445 enuncia cuáles son las legítimas de los herederos forzosos: dos tercios para los ascendientes y la mitad tanto para el cónyuge cuanto para los ascendientes, en caso de concurrir el cónyuge con ascendientes la porción indisponible se calcula conforme a la legítima mayor. Al margen de esto el causante puede disponer de un tercio adicional del valor que corresponde a los herederos legítimos para los descendientes o ascendientes discapacitados.

Según el art. 2448, la legítima es irrenunciable y el causante tiene prohibido imponer gravámenes o condiciones a esa porción. A partir del art. 2451 el código legisla sobre la acción de complemento de la legítima que tienen los herederos forzosos y sus consecuencias. El último artículo del título, el art. 2461, se ocupa de las transmisiones de bienes hechas a alguno de los herederos forzosos con reserva de usufructo, uso, habitación o renta vitalicia que se presumen, sin admitir prueba en contrario, hechas a título gratuito por lo que deben ser colacionadas en caso de corresponder.

Existen ya diversos comentarios al nuevo código, de modo que voy a glosar lo que expone uno de ellos publicado por Ed. La Ley (22). De allí extraigo lo siguiente:

---

(22) RIVERA, J. - MEDINA, G. (dirs.) - ESPER, M. (coord.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014.

- El Cód. Civ. y Com. ha suprimido la desheredación, en línea con la tendencia legislativa según la cual la sola existencia de la indignidad sucesoria, por ser más amplia, permite abarcar todos los supuestos de la primera.

- Se han unificado casi todos los términos con que el código anterior designaba a quienes tenían derecho a la porción legítima bajo el nombre de “legitimarios”. Sin embargo, ha quedado como excepción el art. 2493, que habla de “forzosos”.

- La fuente inmediata del nuevo código es el art. 2394 del proyecto de unificación de 1998.

- Se reducen las porciones legítimas y la nómina de legitimarios.

- Se limita la acción de reducción por prescripción adquisitiva del donatario.

- Se introduce la mejora propiamente dicha.

Obviamente, al no existir notas es imposible afirmar con absoluta certeza si existe influencia romanista, aunque ella parece evidente con la consagración misma de la legítima y con el hecho de la reducción de esa porción frente a la que fijaba el código anterior.

### **IX. Una opinión final**

Expuse al iniciar este trabajo que, respecto de este tema, existían dos corrientes doctrinarias, la que sostenía la absoluta libertad de testar y la que establecía una porción de la herencia a la cual tenía derecho cierto número de herederos y de la cual el causante no podía privarlos.

Para concluir, permítaseme expresar mi opinión afirmando que, si bien la primera de estas corrientes parece ultraliberal y apartada del concepto de defensa del grupo familiar, la excesiva protección que depararía de la fijación de una legítima proporcionalmente muy elevada del acervo hereditario, como la que establecía el Cód. Civil de Vélez Sarsfield, tampoco resulta conveniente.

Pienso que la porción legítima debe ser mantenida, para no dejar absolutamente desprotegidos a los legitimarios, pero en un porcentaje

tal que no afecte el derecho del causante a disponer libremente de sus bienes, y recalco “sus” porque en vida le pertenecían a él y a nadie más. Al respecto, considero que la cuarta parte de la Lex Falcidia era un porcentaje sabio y correcto.

Ahora bien, entiendo que en el número de legitimarios habría que incorporar a la persona que fue conviviente del difunto, aunque no estuviesen casados. Esto estaría en línea con lo que dispone el derecho laboral, que en el art. 248 de la ley 20.744 establece la equiparación total del o la conviviente con el viudo o la viuda, para percibir la indemnización por fallecimiento del art. 247.

Consecuentemente debería ampliarse el porcentaje de los bienes del cual el testador puede disponer libremente, con lo cual testar para una persona con herederos legitimarios volvería a tener un sentido del que con el anterior código carecía. No debemos olvidar que existen quienes, aun encontrándose entre los legitimarios legales carecen de vínculos afectivos, o los tienen muy débiles con el causante, y que por otro lado hay otros que sin ser legitimarios mantenían con él una relación personal muy estrecha, más aún que el que podría existir con los contemplados por la ley como legitimarios. De esta manera se respetaría la voluntad del difunto y se beneficiaría a quienes en vida estuvieron muy próximos a él.

# La legítima: una expresión de las concepciones más íntimas de la sociedad

Julio Javier Lo Coco (\*)

**Sumario:** I. El origen del derecho sucesorio.— II. La desheredación.— III. La protección de los herederos incluso contra la voluntad del testador.— IV. El concepto de legítima. La Lex Falcidia.— V. La cuestión en las Partidas y el derecho hispano.— VI. La legítima en el Código de Vélez.— VII. La legítima en el Código Civil y Comercial.— VIII. Conclusiones.

Llama la atención la propuesta del tema, por cuanto la sociedad actual no parece estar especialmente preocupada por ese fenómeno natural como es "la muerte", sino que tiende a ignorarla u ocultarla (1).

## I. El origen del derecho sucesorio

En la antigüedad romana, había una clara conciencia de esta circunstancia (2) y por eso se abordaba el tema y sus consecuencias con

mayor naturalidad. Así, desde la primera expresión jurídica —la ley de las XII Tablas (año 450 a. C.)— se ocupó con singular detalle de los ritos fúnebres (3) y de las sucesiones *mortis causae*.

Las XII Tablas no habrían venido a establecer un ordenamiento novedoso, sino a brindar certeza a las costumbres de los antepasados (*mores maiorum*) que eran determinados por el colegio sacerdotal de los pontífices (4).

El diseño de la Ley de las XII Tablas respondía a la estructura social de la *civitas* antigua, estructurada en la familia agnaticia y sustentada en el poder del *pater familias* (5). La *civitas*

---

(\*) Magíster en Derecho Romano y Unificación del Derecho (Univ. di Roma II); profesor de Derecho Romano (UBA y UCA); socio del estudio Pérez Alati, Grondona, Benites & Artsen.

(1) Se advierte en la sociedad actual una marcada reducción y hasta eliminación de los ritos fúnebres. No se celebran velatorios o estos se reducen a unas pocas horas. Se opta por la cremación. Los parientes no visitan las tumbas de sus deudos. El rito fúnebre es un fenómeno que nos distingue como humanos. "Hay otros animales que se lamentan cuando muere alguien cercano, que se consuelan y que saben que lo sucedido es irreversible. Pero ninguno honra a sus muertos con los complejos rituales humanos. Por ahora, además de nuestra especie, solo los neandertales parecen gozar (o sufrir) de la capacidad de abstracción y previsión suficiente para asumir su mortalidad y la de sus congéneres y actuar con la solemnidad que demanda ese conocimiento" (MEDI-VILLA, D., [https://elpais.com/elpais/2018/04/05/ciencia/1522948095\\_388069.html](https://elpais.com/elpais/2018/04/05/ciencia/1522948095_388069.html)).

(2) Cicerón afirma que "así como se acaban las otras edades, del mismo modo se acaba la de la vejez; y en llegando a ese tiempo, ya el cansancio de la vida trae

consigo la ocasión oportuna de morir" ("Meditaciones sobre la vejez", cap. XX).

(3) La tabla X disponía que ningún cadáver puede ser enterrado ni incinerado dentro de la ciudad y limitaba la suntuosidad de los funerales y prohibía que se colocara oro en las sepulturas.

(4) Cfr. BERTONE, M., "Storia del Diritto Romano", Laterza, Bari, 2000, p. 13.

(5) El término latino *pater* proviene de la raíz indoeuropea *\*pa*, que significaría protector. De la misma raíz proviene el término *pastor* (Cfr. VILLAR, F., "Los indoeuropeos y los orígenes de Europa", Ed. Gredos, Madrid, 1996, p. 131). El sustantivo *familias* es el genitivo antiguo de *familia* (el genitivo moderno es *familiae*), que ha conservado la forma arcaica solo para integrar el sustantivo *pater*, lo que denota lo arraigado de la expresión. El vocablo *pater* no designa al que procrea, el

romana se habría conformado por la unión de distintos clanes familiares (*gens*) (6). De tal modo, estas *gens* estaban conducidas por sus jefes *pater*, que tenían plenos poderes políticos (7).

Desde esta perspectiva, era lógico que el *pater* pudiera determinar quién sería su sucesor al frente del clan. De allí la existencia del testamento; actor por el cual el *pater* designaba a él o los sucesores.

El carácter político lo podemos observar en la forma del testamento antiguo, que se desarrollaba delante del pueblo romano organizado en estructura militar (comicio curiado) (8).

En el período arcaico, en que el paradigma era el poder del *pater familias*, primaba el poder del

---

que es designado con el término *genitor* (cfr. ERNOUT - MEILLET, "Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine", Klincksieck, Paris, 1951, voz *pater*).

(6) "El tipo de familia indoeuropea era lo que se conoce con el nombre de 'gran familia'. Los parientes se agrupaban bajo la autoridad de un cabeza de familia, el *\*pater*. Los descendientes varones, al casarse, no abandonaban la unidad familiar, ni fundaban familia nueva" (VILLAR, F., ob. cit., p. 129).

(7) En época histórica el *pater familias* tenía sobre aquellos sometidos a su poder el derecho de vida o muerte (*ius vitae necisque*), el derecho de exponer a sus hijos recién nacidos (*ius exponendi*); el derecho de venta (*ius vendendi*) y el derecho de entregar al acreedor a los sometidos, para no pagar la pena por delitos cometido por estos (Cfr. FAYER, C., "La familia romana", L'Erma di Bretschneider, Roma, 1994).

(8) La comunidad primitiva se organiza en diversos órganos político-administrativos denominados "curias". Estas curias habrían sido distribuidas en tres tribus (*Tities*, *Rammnes* y *Luceres*), a razón de diez por cada una. El orden de las tribus y de las curias era el orden del ejército. Según la tradición cada curia suministraba cien infantes (*pedites*) y diez caballeros (*celer*es y más tarde *equites*), de modo que el primitivo ejército romano había estado integrado por tres mil infantes y trescientos caballeros. Podemos hipotetizar que —en sus orígenes— la curia habría sido el lugar en donde se congregaban los hombres pertenecientes a la misma *gens* y en este proceso de relaciones intergentilicias se habría insertado la génesis y el desarrollo de la ciudad. Otro acto que tenía lugar ante el comicio curiado era la *adrogatio*, esto es, la incorporación de un *sui iuris* (quien no estaba sometido a la *patria potestas* de nadie) a la *potestas* de un *pater* (cfr. TALAMANCA, M., "Istituzioni di Diritto Romano", Giuffrè, Milano, 1990, p. 716).

*pater* para determinar quién o quiénes iban a sucederlo luego de su muerte (9).

En particular, Bonfante consideraba análoga la conformación de la *gens* con la *civitas* y que con el fallecimiento del *pater* no se dividía el grupo familiar en tantas familias como hijos varones sino que se mantenía unida, sirviendo la herencia como un traspaso de la soberanía (10).

Si bien esta tesis ha sido cuestionada en cuanto al origen del instituto sucesorio, no deja de tener sentido y explicar muchas instituciones arcaicas como el *consortium ercto no cito* (11).

---

(9) Apreciamos que el sentido originario es que el heredero sucede a la persona del causante y no que se transfieren los bienes del difunto. Consecuencia de esta concepción originaria es en la confusión de patrimonios del heredero y del causante, prevista en el art. 3342 del Cód. de Vélez. Desde la sanción del BGB en que su art. 1922 dispone que "[c]on la muerte de una persona pasa su patrimonio como un todo a otra u otras personas" los códigos modernos se inclinan por la doctrina de la transmisión de bienes. Así, por ejemplo, el Cód. Civil de Brasil, que en su art. 1784 dispone que "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários" y en un punto intermedio está el Codice Civile Italiano que, si bien dispone en su art. 512 que "[l]a separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede assicura il soddisfacimento, con i beni del defunto, dei creditori di lui e dei legatari che l'hanno esercitata, a preferenza dei creditori dell'erede. Il diritto alla separazione spetta anche ai creditori o legatari che hanno altre garanzie sui beni del defunto" también prevé que "La separazione non impedisce ai creditori e ai legatari che l'hanno esercitata, di soddisfarsi anche sui beni propri dell'erede". La concepción que inspira el Cód. Civ. y Com., deja entrever que lo que se transmiten son los bienes. Así el art. 2280 dispone que los herederos "[e]n principio, responden por las deudas del causante con los bienes que reciben, o con su valor en caso de haber sido enajenados" aunque permanecen algunos conceptos de la otra concepción, como que "[e]l heredero continúa la posesión de su causante".

(10) BONFANTE, P., "Instituciones de derecho romano", Ed. Reus, Madrid, 1965, ps. 554 y ss.

(11) Situación de condominio de los herederos sobre bienes que componen el acervo hereditario, instituto que mantiene su vigencia hasta nuestros días. Incluso en el Cód. Civ. y Com., en el art. 2331 se dispone que "[l]os herederos pueden convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de la participación provisional de uso y goce de los bienes entre los copartícipes" y en el art. 2330 que "[e]l testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años. Puede también disponer que se

La tesis prevalente es que la sucesión *ab intestato* precedió a la testamentaria y que el testamento habría tenido el fin de que un *sui iuris* adquiriera el carácter de hijo del testador (para conservar el culto familiar), pero con eficacia al momento de la muerte (12).

Con la afirmación de la estructura ciudadana, fue decreciendo el poder político del *pater* en beneficio de las instituciones de la *civitas*. Esta situación se pone en evidencia en el enfrentamiento producido entre la autoridad del *rex* y del *pater* ante el fratricidio de Horacio. El Horacio vencedor del enfrentamiento con los Curiacios que decidió la suerte de la contienda entre Roma y Alba, al ver a su hermana lloraba por la muerte de uno de los Curiacios que era su prometido “sacó la espada y se la clavó a la doncella diciendo: ve con tu loco amor a reunirse con tu esposo, tu, que olvidas a tus hermanos muertos, al que te queda y a tu patria. ¡Así perezca toda romana que se atreva a llorar la muerte de un enemigo!”. Condenado Horacio por el crimen de su hermana por disposición del rey, su padre, reivindicando la autoridad paterna, apeló al pueblo que conmutó la pena por el pago de una multa, ahorrándole la vida (13).

El relajamiento de los vínculos familiares acarrearía como consecuencia una transferencia de funciones y poderes a la *civitas* y, por consiguiente, una mayor regulación legal en desmedro de la libertad de testar.

Ya en la Ley de las XII Tablas se aprecian límites a los poderes del *pater* como la emancipa-

mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad: a) un bien determinado; b) un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica; c) las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista. En todos los casos, cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a este. El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad”.

(12) Cfr. PUGLIESE, G., "Istituzioni di Diritto Romano", Giappichelli, Torino, 1991, p. 169; GROSSO, G., "Storia del Diritto Romano", Giappichelli, Torino, 1965, p. 141.

(13) Cfr. TITO LIVIO, 1, 26.

ción del hijo que fuera vendido por tres veces, la posibilidad de la mujer de interrumpir el tiempo de convivencia luego del cual quedaba automáticamente sometida a la *patria potestas* del marido y el orden sucesorio en ausencia de testamento (14).

Concretamente, en materia testamentaria la tabla VI contenía un texto que señala que "cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto" (15). O sea que se consagra como *ius* lo que con se pronuncia en el *nexum* como en la *mancipatio*. De este modo se desarrolla el denominado testamento *per aes et libram*, según el cual se traspasan a otra persona de confianza (muy posiblemente uno de los herederos) (16) todos los bienes del *pater* (por medio del rito de la *mancipatio*) y este instrúa al adquirente cómo debía distribuir tales bienes luego de su muerte (17).

Por otro lado, el testamento era dado por descontado en la ley de las XII Tablas ya que en la tabla V, se disponía que “si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto”, esto es, que si muere intestado y no tiene *suus heres*, heredarán los agnados próximos.

## II. La desheredación

Es probable que al interpretar la Ley de las XII Tablas, la jurisprudencia pontifical haya creado el instrumento de la *exheredatio* por el cual el *pater familias* por medio de una declaración solemne contenida en el testamento, excluía a

(14) Cfr. TALAMANCA, M., "Lineamenti di Storia del Diritto Romano", Giuffrè, Milano, 1989, p. 105.

(15) El *nuncupare* hace referencia a un decir que tiene un efecto “ligativo” y el *ius* haría referencia a una posición óptima determinada por el cumplimiento de ritos (cfr. DI PIETRO, A., "Imperio y derecho", Ed. Universidad Católica de La Plata, La Plata, 2014, t. I, ps. 311 y ss.).

(16) Leemos en Gayo II, 103 "En efecto, antes de la *familiae emptor*, es decir el que recibía in mancipio la familia del testador, obtenía el lugar de heredero y el testador le mandaba a realizar la partición luego de su muerte". Aclaremos que por “familia” ha de entenderse patrimonio.

(17) Cfr. D'ORS, A., "Cuatro logros del genio jurídico romano", LA LEY, 1984-B, 598.

uno, alguno o todos los *sui heredes* de su vocación hereditaria (18).

Los hijos varones bajo potestad y los póstumos de ambos sexos debían ser desheredados nominalmente (19), en cambio los otros *liberi* (descendientes mujeres o hijos emancipados) podían ser desheredados colectivamente (*inter ceteros*) (20).

El principio es que en el concierto de los amplios poderes del *pater familias*, este pueda excluir de su herencia a sus hijos si es que podía matarlos.

Paulo (D 28, 2, 11) dice que “en los *sui heredes* aparece con más evidencia que la continuación del dominio lleva la cosa a que no se considere que hubo herencia, como si en otro tiempo fuesen dueños los que también en vida del *pater* son considerados en cierto modo como dueños; por lo cual se llama también *filii familias*, como *pater familias*, habiéndose añadido solo esta diferencia, por la cual se distingue al engendrador del que fue engendrado. Así, pues, no se considera que después de la muerte del *pater* reciben la herencia, sino más bien que consiguen la libre administración de sus bienes; y por esta causa, aunque no hayan sido instituido herederos son dueños, y no obsta que sea lícito desheredar a los que también era lícito matar”.

### III. La protección de los herederos incluso contra la voluntad del testador

Nadie mejor que el propio *pater* para proveer lo mejor para su familia. Así es que, si su patrimonio no alcanzaba para sustentar a las familias que se formarían luego de su fallecimiento, tenía su alcance una serie de recursos, como la emancipación de los hijos, dar hijos a otro *pater* en adopción y, para el caso de las hijas, que el matrimonio sea *cum manu*, de modo de pasar bajo la *potestas* de su marido o del *pater* de su marido (21).

Pero también fueron apareciendo recursos para fortalecer los derechos de los herederos, con suma prudencia y cuidando de mantener la vigencia de los principios que provenían de las *mores maiorum* y de la Ley de las XII Tablas, que analizaremos a continuación.

#### III.1. Sucesión iure civile en caso de preterición de sui heredes

Gayo (II, 123) sostiene que “[a]quel que tiene un hijo bajo su *potestas* debe cuidar de instituirlo heredero o desheredarlo nominativamente, ya que si lo preteriese en silencio el testamento sería tan inválido que según nuestros maestros, si estando vivo el *pater* muriese el hijo, ninguno de los herederos designados por el testamento podrían existir pues desde el comienzo no ha existido institución”.

Los juristas republicanos, buscando salvar la herencia de los *sui*, se abstuvieron de intervenir cuando estos eran instituidos o desheredados; pero si el testador había guardado silencio respecto de un hijo varón en *potestate* o un hijo no nacido (22) —póstumo— (sea cual sea su sexo) consideraban nulo el testamento (23).

Si los preteridos son las hijas *in potestate*, la *uxor in manu*, o los nietos cuyo padre murió antes que el testador, estos concurren con los herederos instituidos por una parte viril si los instituidos son *sui heredes* y con la mitad si son extraños (24).

Este caso es una excepción al principio “*nemo pro parte testato pro parte intestato decedere potest*”.

(22) Enseña el jurista Paulo que “el que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviese entre las cosas humanas, siempre que se trata de las conveniencias de su propio parto, aunque antes de nacer, de manera ninguna favorezca a un tercero” (D 1, 5, 7), Juliano que “[l]os que están en el útero, se reputan en casi todo el derecho civil como que son nacidos” (D 1, 6, 26) y Gayo que “como en muchos otros casos a los hijos póstumos se los considera como ya nacidos, está admitido que a dichos póstumos se les pueda dar tutores por testamento lo mismo que a los ya nacidos, con la condición de que si hubieran nacido viviendo nosotros, estarían sujetos a nuestra potestas” (G I, 147).

(23) Cfr. SCHULZ, F, “Derecho clásico romano”, Ed. Olejnik, Santiago, 2021, p. 212.

(24) Gayo II, 124.

(18) Cfr. PUGLIESE, G., ob. cit., p. 173.

(19) Gayo II, 123, II, 127 y II, p. 130.

(20) Gayo II, 128; I II, 13.

(21) Cfr. DI PIETRO, ob. cit., p. 414.

### III.2. *La bonorum possessio contra tabulas de los liberi*

El próximo paso se da por obra del pretor, quien obviamente no podía modificar las reglas de las XII Tablas, pero sin embargo, encuentra una forma creativa para lograr efectos similares, cual es la *bonorum possessio*.

La *bonorum possessio* era la adjudicación interina del patrimonio hereditario, con sus ventajas y desventajas, a quien acredite un interés legítimo (25).

En concreto, el pretor promete en su edicto la *bonorum possessio contra tabulas* (26) a los hijos y descendientes (*liberi*) que sin haber sido instituidos herederos ni desheredados hubieran sido preteridos por el *pater* en el testamento (27). Se amplía la protección —concretamente— a los hijos emancipados (28). Para esto se recurre a la ficción de que no hubiese existido la *capitis deminutio*. Sin embargo, en el caso de los emancipados, deben colacionar los bienes propios, adquiridos desde la emancipación (29).

Este género de *bonorum possessio* corresponde al siglo I a.C. En esta hipótesis, el testamento no era anulado y se mantenía la validez de

(25) Según Ulpiano, la *bonorum possessio* es el *ius* que nos permite perseguir y retener el patrimonio o la cosa que fue de alguno que se muere (D 37, 1, 3, 2). Habría tenido origen en la facultad del pretor de atribuir a las cosas a alguno de los litigantes mientras duraba el proceso sucesorio (DI PIETRO, A., "Institutas", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 280).

(26) Es el otorgamiento de la *bonorum possessio* en contra de las disposiciones testamentarias del causante. Afirma Ulpiano que "[e]n la posesión de los bienes contra testamento debemos admitir a los hijos ya naturales, ya adoptivos, si no fueron instituidos ni desheredados" (D 37, 4, 1 pr.).

(27) Cfr. LENEL, O., "Essai de reconstitution de L'Edit Perpétuel", Larose, Paris, 1903, t. II, p. 67.

(28) Así Ulpiano, dice que "[e]l pretor pone en posesión de los bienes a los hijos que se hicieron *sui iuris*; así pues, ora si fueron emancipados, ora si de otro modo salieron de la potestad de su padre, son admitidos a la posesión de los bienes, pero no pueden serlo a la del padre adoptivo, porque para que pueda ser admitido debe ser del número de los hijos" (D 38, 4, 1, 6).

(29) D 37, 6.

los legados dispuestos por el testador en favor de sus parientes próximos, de su mujer o de su nuera (30), las manumisiones y los nombramientos de tutores.

### III.3. *Querella de inoficiosidad del testamento*

La querella de inoficiosidad del testamento era una impugnación del testamento ejercitada por el *suus heres* desheredado o por un agnado (31) no instituido; siempre que en ausencia de testamento hubieran tenido derechos hereditarios por el *ius civile, ab intestato* (32). Así se fue formando la doctrina de que el testamento era ineficaz por ser injusto (injustificada desheredación de un *suus heres* o preterición de un pariente cercano) y por lo tanto dar lugar al proceso *ab intestato*.

El argumento por el que podía impugnar el testamento era porque el *pater* había faltado al deber de piedad y por eso se lo consideraba como que estuviera bajo los efectos de una perturbación mental (33).

Si se hacía lugar a la querella, caía todo el contenido del testamento, incluso los legados y manumisiones (34).

Esta acción es delineada por los juristas tardo republicanos, pero a partir de Constantino y por expresas disposiciones imperiales (C 3, 28, 27) podrían accionar contra el testamento los hermanos de doble vínculo del testador y de simple vínculo por vía paterna (sanguíneos), no así los medio hermanos por vía materna (uterinos), siempre y cuando se hubiera instituido herederos a personas que estuviera tachadas de infamia.

(30) Cfr. SCHULZ, F., ob. cit., p. 213.

(31) El *agnado* era el pariente por vía paterna (Gayo III, 10; 1,156)

(32) Cfr. PUGLIESE, G., ob. cit., p. 689.

(33) "Se deduce la querella de testamento inoficioso bajo este supuesto, como que no estuviera en su sano juicio al disponer el testamento. Y se dice esto, no como si verdaderamente un furioso o un demente haya testado, sino porque en realidad hizo un testamento legal, pero no conforme a los deberes de piedad, porque si verdaderamente estuviera furioso o demente, es nulo el testamento" (D 5,2,2).

(34) Cfr. D 5, 2, 16.

Quien accionaba debía probar que el testador lo había desheredado sin causa justificada o no le había dejado la cantidad de bienes que constituye la legítima.

#### IV. El concepto de legítima. La Lex Falcidia

Se admitió que pudieran accionar por la querrela de inoficiosidad del testamento los herederos que, si bien habían sido instituidos por el testador, lo habían sido en una porción insuficiente. Para determinar qué porción era suficiente, los jueces resolvían a su arbitrio, caso por caso, a tenor de las circunstancias concretas.

En el año 40 a. C. se dictó la Lex Falcidia, que establecía que, en un testamento, los cargos y legados no podían afectar al heredero instituido en una porción mayor a las 3/4 partes del acervo hereditario (35).

A partir de esta ley, en forma análoga, se comenzó a considerar que el mínimo suficiente de la porción hereditaria era la cuarta parte de lo que le hubiera correspondido en una sucesión intestada (36).

Para el supuesto de que hubiera varios legítimos en el mismo grado, la cuarta parte se debía dividir entre ellos (37).

La querrela produce como consecuencia la rescisión del testamento (38) y por lo tanto se abre el proceso de sucesión *ab intestato*. Sin embargo, se debe accionar por la inoficiosidad contra todos los herederos instituidos, ya que, de lo contrario, el testamento mantiene su vigencia en la parte en que no ha sido demandado (39).

Por vía de la querrela de inoficiosidad del testamento, del límite impuesto por la Lex Falcidia surge el concepto de que el testador tiene un lí-

mite a su libertad para disponer de sus bienes por testamento, lo que se denomina con el nombre de "legítima".

#### IV.1. La legítima en la reforma de Justiniano

En la Novela 18 (año 536) en defensa de los hijos se incrementa la legítima a 1/3 si el testador tiene hasta cuatro hijos y a 1/2 si tienen más de cinco hijos.

En la Novela 115 (año 542), en el capítulo I, se determina que los ascendientes no pueden ni preterir ni desheredar a los descendientes y viceversa sin haber mencionado una justa causa de exclusión de la herencia (40).

Si a los herederos se les dejaba una porción inferior a su legítima, ya no podrían accionar para invalidar el testamento (41) sino que podían recurrir a la *actio ad supplendam legitimam*, siendo esta una acción creada por los emperadores Constantino y Juliano, por la que el heredero *liberi* demanda a los herederos instituidos el suplemento necesario para completar su cuota legítima (42).

(40) Las causales que podían tener los ascendientes para desheredar a sus descendientes eran: i) el haber maltratado a sus ascendientes poniéndoles las manos encima; ii) el haberles inferido injurias graves y deshonorosas; iii) el haberles acusado criminalmente, salvo en causas contra el príncipe o la república; iv) el practicar hechicería; v) el haber atentado contra la vida de los ascendientes; vi) el haber tenido comercio ilícito con la madrastra o concubina del padre; vii) el haberlos delatado; viii) no salir de fiadores cuando estaban presos; ix) haberles impedido que hicieran testamento; x) el haberse asociado contra la voluntad del ascendente con gladiadores; xi) la hija menor de 25 años que llevaba vida licenciosa; xii) la desatención del ascendente demente; xiii) no redimirlo estando cautivo y xiv) haberse hecho hereje. Por su parte, los descendientes podían desheredar a sus ascendientes por i) acusar de un crimen que lleva pena capital salvo que fuera en contra de príncipe o la república; ii) haber atentado contra la vida; iii) haber tenido comercio ilícito con su nuera o concubina del hijo; iv) haberle prohibido hacer testamento; v) atentar contra la vida de la madre; vi) no haber atendido al cuidado del hijo demente; vii) no haber redimido al hijo cautivo y viii) ser hereje o no pertenecer a la fe católica.

(41) C 3, 28, 30. Esta Constitución del año 528 tiene por objeto "velar por la voluntad de los testadores" y "quitar la fácil y frecuente ocasión destruir las disposiciones de los mismos".

(42) C Th. 2, 19, 4.

(35) Cfr. ARANGIO RUIZ, V., "Historia del derecho romano", Ed. Reus, Madrid, 1994, p. 164. Según este autor, una *Lex Furia* del año 200 a. C. habría limitado los legados a 1.000 ases y una *Lex Voconia* del 169 a. C. prohibió que se dejase al heredero menor cantidad de la concedida al legatario más favorecido.

(36) D 5, 2, 8, 8.

(37) I 2, 18, 6.

(38) D 5, 2, 8, 16.

(39) D 5, 2, 2, 5, 1.

En el diseño de Justiniano, la querrela de inoficiosidad quedó reducida para los hermanos bilaterales y unilaterales del testador (43).

#### V. La cuestión en las Partidas y el derecho hispano

Entre los pueblos germanos, donde la calidad de heredero se encontraba determinada por el parentesco consanguíneo, el causante se hallaba limitado para disponer de sus bienes. Estas costumbres se fusionaron con la tradición romana en la España visigótica (44).

En la obra de Alfonso X el Sabio, en la partida VI, título VIII, se aborda la cuestión "De como puede quebrantar el testamento aquel que es desheredado en el a tuerto, a que dicen en latín *querela inofficiosi testamenti*" (45).

Se acuerda esta acción a los hijos o nietos descendientes por línea paterna, que tuvieran derecho de heredar si no hubiera existido testamento y hubieran sido o no mencionados en el testamento o desheredados "a tuerto et sin razon". En cambio, no se otorga tal derecho a los hermanos del difunto (46).

Tampoco puede ejercerse la querrela si el padre deja a su hijo su parte legítima, en tanto si lo instituía heredero pero le dejaba una porción inferior a la legítima, el testamento no cae, pero puede reclamar a los otros herederos la porción de la herencia omitida (47).

#### VI. La legítima en el Código de Vélez

En línea con el desarrollo que hemos visto en el derecho romano y reconociendo también como fuentes el Código francés y la Ley de Partidas, el Código de Vélez contemplaba una porción legítima más elevada de todo el derecho comparado: 4/5 partes del patrimonio del causante en favor de los descendientes (art. 3593),

(43) Cfr. DI PIETRO, "Imperio y derecho", cit., p. 442.

(44) Cfr. ÁLVAREZ, O., "La figura de la legítima en el derecho argentino", en AA.VV., *Estudio de derecho civil con motivo del bicentenario*, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2011, ps. 652 y ss.

(45) Ley I.

(46) Ley II.

(47) Ley V.

2/3 en favor de los ascendientes (art. 3594), 1/2 para el cónyuge aunque los bienes sean gananciales (art. 3595), en favor de la nuera viuda y sin hijos 1/4 de lo que hubiera correspondido a su marido (art. 3576).

Para Borda, la legítima es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito (48).

Cuando las liberalidades del causante excedan en conjunto la porción legítima de los herederos forzosos, deben ser reducidas, para lo cual el afectado puede ejercer la acción de reducción.

#### VII. La legítima en el Código Civil y Comercial

El nuevo código ha mantenido el derecho a una porción legítima de la herencia en favor de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge del causante, aunque reduciendo cuantitativamente las porciones y excluyendo el derecho de la nuera viuda sin hijos (49).

La nueva norma fija la porción legítima de los descendientes en los 2/3 y la de los ascendientes a 1/2 de la masa patrimonial del causante, para cuyo cálculo deben considerarse todos los bienes susceptibles de ser transmitidos por herencia y por todas las donaciones efectuadas por el causante en la medida que sean posibles las acciones protectoras de la legítima, previo deducir las deudas del causante, no computándose las cargas de la sucesión (50), para dar cum-

(48) BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil - Sucesiones", Ed. LexisNexis - Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 78.

(49) El art. 2444 dispone que "[t]ienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge".

(50) El art. 2445 dispone que "[l]a porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio. Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. Para el cómputo de la porción de cada descendiente solo se toman en cuenta las donaciones

plimiento al principio de pagar primero a los acreedores (51).

El art. 2448 del actual Cód. Civ. y Com. introduce la figura de la mejora, y le permite al causante disponer de un tercio de la porción legítima que resulte aplicable para beneficiar “a descendientes o ascendientes con discapacidad” y aunque tenga descendientes disponer del tercio de la porción legítima, en favor de alguno de sus padres o de un abuelo que padezca una alteración funcional (52).

Siguiendo los precedentes romanos, el art. 2450 del Cód. Civ. y Com., establece que “el legitimario preterido tiene acción para que se le entregue su porción legítima, a título de heredero de cuota”. Y, en la misma línea, el art. 2451 del Cód. Civ. y Com. dispone que el legitimario que ha recibido menos de lo que le corresponde “solo puede pedir su complemento”.

El Cód. Civ. y Com. no contempla la posibilidad de que el testador pueda desheredar a sus herederos (53). La eliminación de esta facultad,

colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio”.

(51) POSCA, R., “La legítima en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Jurídica Electrónica de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora*, año 1, nro. 2.

(52) La norma responde a la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, que en su art. 12.5 dispone que “los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria” (DUPRAT, C., “Reformas en derecho sucesorio argentino; legítima y protección de personas vulnerables en el Código Civil y Comercial”, en AAVV, *Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, Ed. Wolters Kluwer, Roma, 2017, 357 ss.)

(53) El único modo de excluir de la herencia un legitimado es la acción de indignidad que puede promover, después de abierta la sucesión, a instancia de quien pretende los derechos atribuidos al indigno u oponerse como excepción el demandado por reducción, colación o petición de herencia (art. 2283). El art. 2281 enumera los casos de indignidad para suceder: a) los autores, cómplices o

ha sido criticada por importante doctrina que ha sostenido que “en un sistema de legítimas cerradas, en donde inexorablemente la ley determina quiénes son los sucesores, el instituto de la desheredación es la única ‘vía de escape’ que posee el causante para privilegiar, desde el punto de vista sucesorio, las conductas de sus futuros herederos. Si se admite que ciertos parientes deben recibir necesariamente una determinada porción de los bienes del difunto, aun contra la voluntad de este, es preciso admitir también el derecho del testador de excluirlo por justas causas. El fundamento mismo de la desheredación surge de una cuestión de lógica jurídica pues no tiene ningún tipo de sentido o razón que una persona que ha ofendido gravemente al causante, no lo ha tratado con respeto o ha tenido hacia él o sus parientes, una conducta delictiva, reciba todo o parte de una herencia y el perjudicado no tenga ninguna respuesta legal” (54).

El art. 2447 del Cód. Civ. y Com. dispone que “[e]l testador no puede imponer gravamen ni

partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena; b) los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria; c) los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal; d) los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice; e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo; f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad; g) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental; h) los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento; i) los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones.

(54) ROLLER, G., “La exclusión hereditaria en el nuevo Código Civil: fortalecimiento de la indignidad y supresión de la desheredación”, *DFyP* 2015 (mayo), 105.

condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas”.

Respecto de las donaciones, el art. 2459 contempla la situación del donatario o del subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Verificada la situación descripta en la disposición, la acción de reducción no sería procedente.

“El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legitimaria” (art. 2458).

### VIII. Conclusiones

Hemos observado en la experiencia romana cómo la regulación de la sucesión en general y la legítima en particular fueron acompañando y respondiendo a distintas concepciones de la sociedad. En un primer momento se sustentaba en la autoridad del *pater* y se prioriza la determinación de quien o quienes ocuparían el lugar de este luego de su fallecimiento.

Posteriormente, el derecho sucesorio adoptó un carácter patrimonial. Así en el ordenamiento pretoriano con la *bonorum possessio*, primero y el régimen de llamados sucesivos, son los bienes los que se transmiten, aunque en el diseño general de la herencia se mantiene el principio rector de la sucesión en la persona del difunto.

A la “patrimonialización de la herencia” se fue incorporando la necesidad de proteger a la familia del difunto, pasando incluso por sobre la voluntad del causante. Precisamente, al delinear el concepto de legítima se hace referencia a una porción de bienes. Los remedios estudiados conformaban excepciones. En la mayoría de los casos, eran los descendientes quienes —sin conflicto alguno— ocupaban el lugar del causante.

Cabe preguntarse a qué paradigma responde el ordenamiento del Cód. Civ. y Com.

Es evidente que el nuevo modelo responde a una crisis de la unidad familiar, particularmen-

te con el venir a menos del matrimonio. La desaparición de la patria potestad y la posibilidad de elegir el régimen de bienes son signos de esta dirección. No se concibe a la familia como la célula de la sociedad, sino más bien al hombre aislado y al vínculo de paternidad desvinculado del matrimonio y la institución familiar (55).

La desaparición de la posibilidad de desheredar viene de la mano con la desaparición de la autoridad paterna. Por el contrario, el refuerzo de las causales de indignidad viene a brindar herramientas para tutelar el derecho subjetivo del heredero, que percibe un mayor derecho a participar de los bienes del difunto.

También, como fuera comentado *supra* (nota 9), se opta por el criterio de la transmisión de bienes en lugar de la sucesión en la persona del difunto.

No puede dejar de mencionarse empero, que la fuerte tradición romanista que continúa existiendo en el país, fundamentalmente por la formación de los juristas en el molde del Código de Vélez y no obstante los embates que la signatura Derecho Romano viene sufriendo en los planes de la carrera de Abogacía, ha hecho que, en la regulación de las sucesiones, se conserven, en esencia, institutos consolidados por siglos de reflexión jurídica. Pensamos, por ejemplo, en la recepción del principio romano *conceptus pro iam nato habetur* en el art. 2279 que consagra el derecho a suceder a las personas “concebidas en ese momento que nazcan con vida”.

Estos elementos “de resistencia” pueden conformar el germen de la restauración jurídica de la institución familiar.

---

(55) La concepción filosófica que inspira la regulación del derecho de familia en el Código se enmarca en el fenómeno de la ‘desmatrimonialización’ de la sociedad, según el cual se separa la voluntad de los cónyuges de un modelo de convivencia capaz de los deberes de cuidado de los hijos sostenido en el tiempo. Funda la filiación en el principio de la autodeterminación del adulto. La idea de fondo es que el derecho, aun estableciendo un orden, no se sustenta en lo que el hombre es, sino en lo que el sujeto tiene o quiere obtener (cfr. GAMBINO, G., “La filosofía della famiglia nel nuovo codice civile e commerciale argentino”, en AA.VV., *Nuovo codice...*, cit., ps. 311 y ss).