

**AÑO 11\_Nº 11**

**Diciembre 2024**

**ISSN** (Versión online en trámite)

REVISTA



Saber y Saber Hacer

REVISTA de

# Derecho Privado

JOURNAL OF PRIVATE LAW



REVISTA *de*

# Derecho Privado

---

SALA DE DERECHO CIVIL

*INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS (IDI-CJ)*  
*UNIVERSIDAD BLAS PASCAL - CÓRDOBA, ARGENTINA*

---

*Año 11 · Nro.11 · Diciembre 2024 // ISSN (Versión online en trámite)*



# REVISTA *de* **Derecho Privado**

---

## ***Consejo Editorial***

- ***Director: Domingo Jerónimo Viale Lescano (UBP)***
- ***Director asociado: Alejandro E. Freytes (UNC - UBP)***
- ***Secretario: Guillermo C. Ford Ferrer (UBP - UCC)***

## ***Consejo Científico***

- ***Domingo Antonio Viale (UBP-UNC)***
- ***Juan Manuel Aparicio (UNC - UBP - AND)***
- ***Néstor Pisciotta (UBP)***
- ***María Cristina Plovanich (UNC - UBP)***
- ***Ricardo Francisco Seco (UCC - UBP)***
- ***Carlos Echegaray de Maussion (UNC - UBP)***
- ***José Carlos Fernández Rozas (UNIDROIT - IHLADI)***

## ***Diseño y Diagramación***

- ***Mauricio Tagliavini, DG***

---

La Revista de Derecho Privado es una publicación anual con referato realizada por la Sala de Derecho Civil del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal UBP.

El Consejo Editorial agradece a todos los evaluadores que intervinieron en la revisión de los artículos presentados en este número.

---



Copyright © 2024 by Editorial UBP  
Todos los derechos reservados

Director  
Néstor Pisciotta  
Av. Donato Álvarez 380  
CP X5147ERG Argüello, Córdoba  
Argentina  
Tel: 54 (0351) 414-4444  
Para mayor información  
contáctenos en [www.ubp.edu.ar](http://www.ubp.edu.ar)  
O vía e-mail a: [editorialUBP@ubp.edu.ar](mailto:editorialUBP@ubp.edu.ar)

Publicación editada e impresa en  
Córdoba, Argentina

La reproducción de esta revista,  
ya sea total o parcial, en forma idéntica  
o con modificaciones, escrita a máquina  
por el sistema Multigraph, mimeógrafo,  
impreso, etc., que no fuera autorizada por  
Editorial UBP, es violatoria de derechos  
reservados. Su infracción está penada por  
las leyes 11.723 y 25.446.  
Toda utilización debe ser solicitada con  
anterioridad.

#### **Revista Derecho Privado**

Publicación anual de la Sala de Derecho Civil del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

E-Mail: [carrerasjuridicas@ubp.edu.ar](mailto:carrerasjuridicas@ubp.edu.ar)

ISSN (Versión online en trámite)

La Revista Derecho Privado no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas responden exclusivamente a sus autores.

## EDITORIAL

En este número especial de la Revista de Derecho Privado (publicación de la Sala de Derecho Civil Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas, IDI-CJ), tenemos el honor de dedicar nuestras páginas a las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (JNDC), el acontecimiento de mayor importancia para el desarrollo del derecho privado en la Argentina. Desde sus inicios en 1963, en la Universidad Nacional del Litoral, estas Jornadas se han consolidado como el principal foro de debate y reflexión académica en el ámbito del derecho civil, fomentando el análisis crítico y la actualización normativa en temas que atraviesan nuestra disciplina.

El compromiso de las JNDC ha sido, desde sus primeras ediciones, convocar a los más destacados especialistas del derecho civil provenientes de diversas universidades públicas y privadas del país. La alternancia entre estas instituciones garantiza una pluralidad de voces y enfoques, enriqueciendo así los debates. Con el paso de los años, esta iniciativa no solo ha asegurado la participación de prestigiosos juristas, sino que también ha promovido la integración de jóvenes académicos y profesionales del derecho, consolidando un espacio intergeneracional de diálogo y aprendizaje.

Este año, los temas abordados en las JNDC han sido seleccionados con una clara vocación de responder a los desafíos contemporáneos que enfrenta el derecho civil. Desde cuestiones tradicionales como las obligaciones dinerarias y el derecho real de superficie, hasta debates emergentes como los daños derivados de la inteligencia artificial y la responsabilidad de los participantes en entornos digitales, las Jornadas han ofrecido un espacio para profundizar en estos tópicos y proponer soluciones jurídicas innovadoras.

La Universidad Blas Pascal (UBP), con su enfoque en una educación integral que combina "saber y saber hacer", se destaca por formar profesionales que no solo dominan sus disciplinas, sino que también son capaces de aplicar sus conocimientos en el mundo real, fomentando la innovación y el liderazgo. Este principio se alinea con el lema "Do ut des", que refleja nuestro compromiso con la reciprocidad y la interacción constante entre la universidad y la comunidad. A través de esta cultura de colaboración, incentivamos a nuestros estudiantes y docentes a retribuir a la sociedad lo que reciben, contribuyendo así al desarrollo social y económico del país.

La Revista de Derecho Privado tiene como objetivo principal ser un espacio de difusión y debate académico sobre el derecho civil y privado, promoviendo la investigación de alta calidad mediante la publicación de artículos revisados por pares. Busca fomentar el análisis crítico y la discusión académica, reflejar las últimas tendencias normativas, contribuir a la formación profesional de estudiantes y académicos, y fortalecer la colaboración interdisciplinaria en el estudio del derecho.

La Revista Especial Jornadas presenta una compilación de ponencias que abordan temas relevantes en el ámbito del derecho, conectando teoría y problemáticas contemporáneas. La diversidad de los temas, como el consentimiento informado en actos médicos, las obligaciones dinerarias, los daños derivados de la inteligencia artificial, y la responsabilidad de plataformas e "influencers" en entornos digitales, muestra una clara intención de reflejar las realidades actuales del sector. También se discuten aspectos

como los contratos de larga duración, el derecho real de superficie y la vocación sucesoria, todos ellos esenciales para la práctica jurídica. La inclusión de temas innovadores como los criptoactivos y la inteligencia artificial en la enseñanza del derecho, subraya la necesidad de adaptarse a un entorno en constante evolución. En conjunto, estas ponencias evidencian la importancia de un enfoque crítico y riguroso en la investigación, así como la relevancia de un diálogo interdisciplinario para enfrentar los desafíos contemporáneos del derecho.

Como Director de esta revista, agradezco profundamente a los autores y evaluadores que han hecho posible este número. La calidad de los artículos presentados, es reflejo de un esfuerzo conjunto y comprometido con el avance del conocimiento jurídico. A través de estas páginas, buscamos seguir promoviendo el debate académico, la difusión de investigaciones de alto nivel, y contribuir a la formación de un derecho civil que esté a la altura de las nuevas realidades sociales, tecnológicas y económicas.

Es un privilegio para nosotros continuar siendo un vehículo para la divulgación científica en el campo del derecho privado, manteniendo siempre en alto el estandarte de la excelencia académica y el rigor intelectual.

**Prof. Dr. Domingo Jerónimo Viale Lescano**  
Director, Revista de Derecho Privado  
Universidad Blas Pascal

# ÍNDICE

---

## ARTÍCULOS DE DOCTRINA

### EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA PRÁCTICA DEL ABORTO

*INFORMED CONSENT IN ABORTION PRACTICE*

**Angel Luis Moia** ..... 13

### LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURIDICA – POR EL HECHO DE SU DEPENDIENTE – CONTRATO INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL DEUDOR: CUANTIFICACION DE LA OBLIGACIÓN POR EQUIVALENTE

*DEBTOR'S ATTRIBUTABLE BREACH: QUANTIFICATION OF THE OBLIGATION BY EQUIVALENT*

**Gabriela Lorena Eslava, María Ernestina Etienot** ..... 17

### APROXIMACIONES Y PROPUESTAS PARA UN TRATAMIENTO HUMANISTA DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO

*APPROACHES AND PROPOSALS FOR A HUMANISTIC TREATMENT OF DAMAGES ARISING  
FROM ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN ARGENTINE CIVIL LAW*

**Daniel J. Bonino** ..... 27

### RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS “INFLUENCERS”

*JOINT LIABILITY OF INFLUENCERS*

**Juan Franco Carrara** ..... 31

### EL CONTRATO DE LARGA DURACIÓN Y SU COMPLEJA CONFIGURACIÓN TÉCNICA

*THE LONG-TERM CONTRACT AND ITS COMPLEX TECHNICAL CONFIGURATION*

**Esteban Javier Arias Cáu** ..... 35

### ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN MATERIA DE DERECHO REAL DE SUPERFICIE

*SOME CONTROVERSIAL ISSUES IN THE LAW OF SURFACE RIGHTS*

**Nelson G.A. Cossari, Leandro R.N. Cossari** ..... 45

### REFUGIO EN LA EDAD: ATRIBUCIÓN DE VIVIENDA Y VULNERABILIDAD

*SHELTER IN OLD AGE: HOUSING ALLOCATION AND VULNERABILITY*

**Grecia A. Gómez Ramos, E. Salomé Nausneris Zavala** ..... 57

### LA SOLIDARIDAD POST MORTEM A FAVOR DEL CONVIVIENTE

*POST-MORTEM SOLIDARITY IN FAVOR OF THE COHABITANT*

**Raquel Villagra de Vidal** ..... 67

**LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES  
CON UNA PARTE NEGOCIALMENTE DÉBIL: DESAFÍOS INHERENTES Y POSIBLES SOLUCIONES**  
*PARTY AUTONOMY IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS WITH A WEAK BARGAINING PARTY:  
INHERENT CHALLENGES AND POSSIBLE SOLUTIONS. REPORT AND RECOMMENDATIONS ON GOOD  
PRACTICES*

**Cecilia Fresnedo de Aguirre** ..... 77

**CONTRATO, PRINCIPIOS Y MUTUO EN EL DERECHO ROMANO Y SU INFLUENCIA EN EL CCCN**  
*CONTRACT, PRINCIPLES, AND LOAN IN ROMAN LAW AND ITS INFLUENCE ON THE CIVIL AND  
COMMERCIAL CODE OF THE NATION (CCCN)*

**Fabio Isaac Arriagada** ..... 89

**LOS CRIPTOACTIVOS FRENTE AL SMART CONTRACT**  
*CRYPTOCURRENCIES AND SMART CONTRACTS*

**Mario César Gianfelici, Florencia Romina Gianfelici** ..... 101

**EL ROL DOCENTE EN LA ENSEÑANZA - APRENDIZAJE CON IA**  
*THE ROLE OF THE TEACHER IN AI-ASSISTED TEACHING AND LEARNING*

**Mariana Estefanía Soto** ..... 109

---

*ARTÍCULOS  
DE DOCTRINA*

---



# EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA PRÁCTICA DEL ABORTO

---

## INFORMED CONSENT IN ABORTION PRACTICE

---

Angel Luis Moia<sup>1</sup>

---

### RESUMEN:

La admisión de la denominada interrupción voluntaria del embarazo (aborto) ha planteado diversos interrogantes sobre su articulación con el resto de las normas relativas a los tratamientos médicos. En particular, la armonización con el código civil y comercial, la ley de derecho de los pacientes y la ley de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia con las de fuente convencional.

La confluencia de estas normas contribuye a significar el contenido y extensión del consentimiento informado. Este debe concretarse de modo claro, preciso, adecuado y completo. A su vez debe ser acompañada de los estudios adecuados a la etapa de gestación, que puedan contribuir con la toma de la decisión de realizar la práctica.

### ABSTRACT

The admission of the so-called voluntary interruption of pregnancy (abortion) has raised several questions about its articulation with the rest of the regulations relating to medical treatments. In particular, the harmonization with the civil and commercial code, the law of patients' rights and the law of comprehensive health care during pregnancy and early childhood with those of conventional source.

The confluence of these norms contributes to signifying the content and extent of informed consent. This must be specified in a clear, precise, adequate and complete manner. At the same time, it must be accompanied by the appropriate studies for the gestation stage, which can contribute to the decision to carry out the practice.

**PALABRAS CLAVE:** aborto – consentimiento informado – derechos humanos – adelantos tecnológicos.

---

**KEY WORDS:** abortion – informed consent – human rights – technological advances.

### **I. La práctica del aborto en el derecho positivo argentino y la integración normativa sobre el consentimiento informado.**

La admisión de la práctica del aborto en nuestra legislación mediante la ley 27.610 re-

---

<sup>1</sup> Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Civil II (Obligaciones) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Civil I (Parte General) en la misma Facultad.

quiere de la adecuada integración de su texto con respecto al resto del ordenamiento. En particular su consideración dentro de los respectivos actos médicos, en tanto así se considere a esta práctica.

La ley específica prevé el ejercicio del así considerado derecho, estableciendo en su primer artículo su carácter de reglamentaria del mismo. La norma fija como eje de su aplicación la autonomía de la voluntad de la mujer (arg. art. 5 inc. d), previendo conjuntamente el acceso a la información como un derecho esencial el acceso a la información (inc. e). Según este mismo apartado, la información debe ser adecuada y completa.

Las escuetas referencias que se hacen a la información deben integrarse con las normas generales establecidas para las prácticas vinculadas con la salud de las personas. Así, resulta claro que las disposiciones del art. 59 C.C. y C. deben conjugarse con las expresamente previstas por la ley especial y con la ley de derechos del paciente (26.529).

A su vez, no puede pasarse por alto que la aprobación de la ley de aborto no fue un acto aislado, sino que fue acompañada por la ley nacional de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia (27.611). Tanto en el debate parlamentario como en su aplicación, se predicó la necesidad de entenderlas como una unidad en las políticas de estado.

La conjugación de ambas leyes indica una orientación material, coherente con las fuentes de grado superior que garantizan el resguardo de la dignidad de la persona humana. Prueba de ello es la expresa declaración que, a nivel legal predicen tanto la ley 27.610 (art. 3).

De este modo, la realización de la práctica exige el cabal cumplimiento de las previsiones del art. 59 C.C.y C., art. 3 ley 26.529 y concordantes, según el sentido de estas normas.

## **II. La información a proporcionar en los términos del art. 59 C.C. y C.**

El ejercicio de la libertad de la mujer y su consecuente autonomía -como lo postula el reconocimiento de la práctica del aborto-, exige como presupuesto el contar con información suficiente, adecuada y completa sobre la práctica en cuestión.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *“el consentimiento informado es la decisión positiva de someterse a un acto médico, derivada de un proceso de decisión o elección previo, libre e informado, el cual constituye un mecanismo bidireccional de interacción en la relación médico-paciente, por medio del cual el paciente participa activamente en la toma de la decisión, alejándose con ello de la visión paternalista de la medicina, centrándose más bien, en la autonomía individual”*<sup>2</sup>.

En estos términos, el profesional interviniente debe adecuar el contenido de dicho artículo en función de la realidad propia de la práctica del aborto. Así, cuando la norma impone el deber de informar sobre los procedimientos alternativos (inc. e), que no pueden agotarse en otras intervenciones médicas, sino también en las alternativas de tipo jurídicas y sociales que tengan relación con las causas del pedido de aborto.

Según los principios de ambas leyes especiales, el aborto como tal es una cuestión mul-

<sup>2</sup> CIDH, 30/11/2016, “I.V. vs. Bolivia”

ticausal que no puede asumirse con una solución abstracta en sí misma. Por ello, debe adecuarse la información sobre la cual se decida sobre la práctica.

### **III. El profesional interviniente debe proporcionar información clara y completa de todos los riesgos derivados de la práctica, según las circunstancias del caso.**

La realidad de esta práctica tiene aristas singulares en cuanto a la comunicación de los riesgos previsibles derivados de la práctica. En concreto, se han relevado una serie de repercusiones en el campo de la salud mental -más allá de las calificaciones legales- que se han categorizado como "*síndrome post aborto*" Este refiere a las derivaciones de esta práctica en tanto una experiencia traumática, de duración prolongada y que la misma ley 27.610 prevé sea materia de tratamiento médico (arg. arts. 1,2 inc. c, 5, 10 in fine).

No obstante la expresa previsión legal de su abordaje, el compromiso a la salud de la mujer exige su anociamiento previo, a fin de que sea considerado al momento de aceptar la realización de la práctica.

Si bien esta referencia no agota el contenido de la información relevante a brindar, da cuenta de las aristas especiales que exige el ajuste de las normas al caso concreto del aborto. Todas las normas involucradas señalan la necesidad de considerar la salud de la mujer desde una perspectiva integral, que comprende la dimensión de la salud mental. Es en este campo donde los estudios más actuales dan cuenta de las mayores repercusiones, aún cuando la intervención haya sido clínicamente exitosa.

### **IV. La información que se le debe proporcionar a la mujer debe ser acompañada de los estudios adecuados a la etapa de gestación, que puedan contribuir con la toma de la decisión de realizar la práctica.**

El paulatino avance de la técnica médica impone una relectura dinámica de las exigencias que acompañan y fortalecen a la información a proporcionar a la mujer. Entre los derechos esenciales del paciente, el de gozar de los beneficios de los adelantos técnico-científicos, en especial en lo que hace a la preservación de su salud.

De esto se deriva que, junto con las explicaciones que el cuerpo médico debe brindar documentadamente, según el grado de avance del embarazo, deben proporcionarse a la mujer los estudios que muestren en concreto su realidad. Siguiendo el estado del arte en la medicina, existen estudios, como las clásicas ecografías o el más actual ultrasonido, que permiten dar cuenta del estado real y actualizado de la gestación<sup>3</sup>.

No se trata de tratamientos exorbitantes ni invasivos, por el contrario, basta con repasar la legislación comparada para corroborar que se trata de estudios ordinarios que permiten acompañar el desarrollo del embarazo. En el caso del aborto como práctica, y según las pautas de la ley 27.611 (v.gr. art. 22), estas constancias deben integrar la información que se le brinde a la mujer como parte de las exigencias de la normativa vigente.

El profesional interviniente debe colaborar con la mujer gestante para que comprenda el contenido de estos estudios. Se trata de una exigencia de claridad (arg. art. 59 C.C. y C., art. 3 ley 26.529) a fin de que la gestante pueda decidir sobre la realización de la práctica con cabal conciencia de su estado.

---

<sup>3</sup> La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la importancia de que la persona goce de los beneficios del avance científico CIDH, 28.11.12; Artavia Murillo c/ Costa Rica

## V. Conclusiones sobre el derecho vigente.

- 1.- La práctica del aborto debe respetar las pautas de consentimiento informado previstas por el art. 59 C.C. y C. y la ley 26.529, ajustadas a las disposiciones de las leyes 27.610 y 27.611.
- 2.- El profesional interviniente debe informar a la mujer con la mayor amplitud posible de las alternativas existentes a la práctica del aborto, según el derecho vigente y los principios de ley 27.611.
- 3.- El profesional interviniente debe proporcionar información clara y completa de todos los riesgos derivados de la práctica, según las circunstancias del caso.
- 4.- La información que se le debe proporcionar a la mujer debe ser acompañada de los estudios actualizados y adecuados a la etapa de gestación, que puedan contribuir con la toma de la decisión de realizar la práctica.

---

## Referencias Bibliográficas

- BASSET ÚRSULA; El consentimiento informado en el ámbito reproductivo: la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un fallo de notables implicancias; LL 2018-C-561
- BASSET, ÚRSULA, Estudio del consentimiento en el derecho civil: múltiples caras, una sola institución, LL ejemplar del 1.7.21, pág. 1
- BASSET, ÚRSULA, *Estudio sobre el consentimiento en el derecho civil: múltiples caras, una sola institución*, La Ley, 01/07/2021, p. 1
- BERTI GARCÍA, MARÍA BERNARDITA, *Normas relativas al consentimiento informado y su interpretación, en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Prudentia iuris, Nº 88, 2019
- CROVI, LUIS D.; Consentimiento informado y autonomía del paciente, RcyS 2010-XII
- CROVI, LUIS D.; El deber de informar al paciente, origen, contenido y régimen legal, RDPC 2010-3-93
- FADEN, RUTH R. y BEAUCHAMP, TOM L.; *A history and theory of informed consent*, New York, Oxford University Press, 1.986
- LAFFERRIERE, JORGE N.; *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la Ley Nº 27.610*, Buenos Aires, Centro de Bioética, Persona y Familia, 2021,
- MAYO, JORGE; La autonomía de la voluntad en el ámbito de la medicina, RcyS 2018-XI-280
- MELCHIORI, FRANCO; Consentimiento informado. Síntesis de los temas tratados en la Comisión 1 de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil y análisis de algunas de sus conclusiones, JA 2024-IV-fasc. 6, pág. 1
- TALE, Camilo, Anotación al art. 59, en, HEREDIA, PABLO D. y CALVO COSTA, CARLOS (Dir.), Código Civil y Comercial – Comentado y anotado, Thomson Reuters – La Ley, 2022, t. I.
- TOBIÁS, JOSÉ W.; El consentimiento informado y sus límites, LL 2.19-F-1012

# INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL DEUDOR: CUANTIFICACION DE LA OBLIGACIÓN POR EQUIVALENTE

---

## DEBTOR'S ATTRIBUTABLE BREACH: QUANTIFICATION OF THE OBLIGATION BY EQUIVALENT

---

Gabriela Lorena Eslava<sup>1</sup> María Ernestina Etienot<sup>2</sup>

---

### RESUMEN:

En el presente trabajo se parte del concepto de "obligación" (art. 724 del CCCN), para analizar el incumplimiento imputable al deudor del que surge la opción de "ejecución por equivalente" (arts. 730 inc. c y 777 inc. "c" del CCCN). Tomando posición en torno a que estamos ante una modificación de la obligación cuyo objeto habrá mutado de la prestación original (no dineraria) a la de dar una suma de dinero (*id quod interest*), comienza el momento de la determinación de dicho valor dinerario (*aestimatio rei*). Se identifican al menos cinco momentos posibles: a) el del incumplimiento imputable; b) interposición de la demanda; c) la notificación de la demanda; d) Trabada la litis; e) Momento de la pericia o acto probatorio pertinente. Nos inclinamos por la última solución, ya que la misma responderá a criterios objetivos y de participación conjunta que garanticen la bilateralidad del proceso y el ejercicio del derecho de defensa, y, por ende, la tutela efectiva de los derechos involucrados.

### ABSTRACT

This paper begins with the concept of "obligation" (Art. 724 of the Argentine Civil and Commercial Code, CCCN) to analyze a debtor's attributable breach that gives rise to the option of "enforcement by equivalent" (Arts. 730(c) and 777(c) of the CCCN). Taking a stance that this situation constitutes a modification of the obligation, wherein the object shifts from the original (non-monetary) performance to a monetary payment (*id quod interest*), we then turn to determining that monetary value (*aestimatio rei*). At least five possible points for this valuation are identified: a) the time of attributable breach; b) the filing of the claim; c) notification of the claim; d) establishment of the case; e) time of expert assessment or pertinent evidentiary act. We lean towards the latter option, as it aligns with objective criteria and joint participation, ensuring the process's bilateral nature, the right to defense, and, consequently, effective protection of the rights involved.

---

1 Profesora Titular Experta de las asignaturas Obligaciones y Derecho de los Consumidores y Usuarios. Universidad Siglo 21. Abogada (UNC) Notaria (UNC) Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC) Especialista en Derecho de Familia (UNR). Vocal de Cámara Civil y Comercial de 8° Nominación de la Ciudad de Córdoba.

2 Docente Adjunta Privado II. Universidad Nacional de Córdoba. Cátedra "B". Abogada (UNC) Notaria (UNC). Doctoranda UNC.

PALABRAS CLAVE: Obligación dineraria, Ejecución por equivalente, Quantum obligacional, Incumplimiento, Pericia.

---

KEY WORDS: Monetary obligation, Enforcement by equivalent, Obligation quantum, Breach, Expert evidence.

## **I. Introducción.**

Este trabajo tiene como objetivo analizar críticamente las consecuencias derivadas del incumplimiento de obligaciones no dinerarias, en los casos que el mismo sea imputable al deudor, el cual, conforme los artículos 730 inc. c y 777 inc. c del CCCN a la postre deviene en una obligación dineraria.

Concretamente nos proponemos analizar cuál es el momento a tener en cuenta a los fines de determinar la cuantía de la prestación dineraria en la ejecución por equivalente de la relación jurídica obligatoria, cuyo incumplimiento ha tenido lugar por razones imputables al deudor.

Como señaláramos, la cuestión se encuentra ínsita en la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 730, el cual dispone: “La obligación da derecho al acreedor a: ... c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes”.

Por su parte, la segunda norma mencionada, art. 777 inc. c del mismo cuerpo legal, referida a las obligaciones de hacer dispone: “Alcances. Ante el incumplimiento imputable de la prestación por parte del deudor, el acreedor tiene derecho a... o bien a reclamar los daños y perjuicios”.

De tal suerte, el tema adquiere especial relevancia, toda vez que los artículos mencionados indican que cualquiera sea el objeto obligacional no dinerario, conforme la conducta descripta en la prestación, que haya resultado incumplida por razones imputables al deudor, dará lugar a que el acreedor insatisfecho pueda reclamar el pago de una obligación dineraria, a la que llamamos “sustitución por equivalente”, entendiéndolo por equivalente el importe correspondiente al contenido patrimonial prestacional con más sus accesorios.

Concretamente nos proponemos problematizar en torno a cuál es el momento en que se produce la modificación del objeto originario de la prestación, y más específicamente, el momento adecuado para determinar el quantum prestacional, ya que en periodos de inflación toma especial importancia este extremo; para arribar a conclusiones que, desde el punto de vista propositivo, permitan unificar criterios en torno al elemento temporal de esta cuantificación.

## **II. Ejecución por equivalente. Naturaleza jurídica.**

Tal como indicáramos más arriba lo aquí analizado resulta aplicable ante el incumplimiento obligacional imputable al deudor, y dentro de las consecuencias derivadas del mismo, lo que se ha dado en llamar “ejecución por equivalente”.

Señala Ossola que para que pueda serle atribuida responsabilidad al deudor no sería suficiente la autoría de la conducta, sino que la misma debe ser antijurídica y existir un

factor de atribución subjetivo u objetivo<sup>3</sup>.

De allí que se indique que “el incumplimiento es susceptible de ser considerado objetivamente, es decir, con independencia de las causas que llevaron a la lesión del derecho crediticio. Pero esa consideración no obsta que se pueda dilucidar a quién es atribuible la insatisfacción obligacional”<sup>4</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio del texto literal de las disposiciones normativas de donde surge la cuestión a tratar, esto es las disposiciones de los artículos 730 inc. c y 777 inc. c del CCCN, que aluden al derecho a pedir el resarcimiento, compartimos con la doctrina autoral cordobesa, Pizarro y Vallespinos, la importancia de distinguir la ejecución por equivalente, de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento obligacional imputable al deudor.

En tal sentido, indican los autores mencionados que “... cabe diferenciar el contravalor de la prestación debida (*id quod interest*), que es aquello que el deudor debe al acreedor por la fuerza misma de la obligación, del *plus dañoso* que, en forma independiente, junto al valor de la prestación, puede reclamar el acreedor al deudor incumpliente”<sup>5</sup>.

Entre otras razones que avalan la distinción, asentamos la importancia práctica derivada de que en el primer caso, no será necesario probar la utilidad de la reparación por equivalente, la que se infiere del incumplimiento mismo, que ha devenido en definitivo, del cual resulta además consecuencia directa de la permanencia del interés del deudor aún insatisfecho; en tanto que el plus indemnizatorio constituirá una “circunstancia contingente”, donde deberán acreditarse la totalidad de los presupuestos de la responsabilidad civil.

Corresponde en este estado del análisis acudir a la distinción de obligaciones de medios y de resultados a fines de determinar cuándo se configura el incumplimiento imputable al deudor.

Dichas categorías encuentran recepción normativa expresa a partir de la sanción del CCCN en el art. 774, el cual dispone: “Prestación de un servicio. La prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso. Si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales”.

Cabe aclarar que entendemos innecesaria la doble clasificación en torno a las obligaciones de resultado en uno concreto con independencia de su eficacia u “otro eficaz prometido”. Consideramos que la obligación de resultado es única, y resulta sobreabundante la

---

3 OSSOLA, Federico. *Obligaciones*, dirigido por Julio César Rivera, Graciela Medina, 1ª. Ed. Abeledo Perrot 2016, pag. 572.

4 ALTERINI, Ignacio E.: *Imposibilidad de cumplimiento de la obligación*. Publicado en: RCCyC 2022 (septiembre-octubre), 27. Cita: TR LALEY AR/DOC/2329/2022

5 PIZARRO Ramón D. - VALLESPINOS Carlos G. *Tratado de Obligaciones* Tomo II pag. 258. Rubinzal Culzoni Editores. 2017

mención a la eficacia, máxime teniendo en cuenta que las consecuencias normativas resultan las mismas en ambos supuestos.

En cuanto al modo de determinar en qué casos una obligación resultará de medios o resultados no ha sido pacífico en doctrina, algunos autores (Crépeau, Pizarro y Vallespinos) "...indican a la voluntad de las partes como fuente primordial para definir como de medios o resultados las obligaciones convencionales"<sup>6</sup>.

En torno al punto, estas autoras se inclinan por la postura sustentada por Azar quién refiere que "el fundamento de la distinción se establece en razón de la relación de causalidad que califica la exigibilidad del resultado en función de la actividad debida"<sup>7</sup>.

Dicho lo precedente, corresponde avanzar sobre la toma de posición en cuanto a la naturaleza de la obligación subsidiaria correspondiente a la ejecución por equivalente.

Al respecto, la doctrina no es pacífica, oscilando los autores entre quienes consideran un supuesto de modificación de la obligación con la consiguiente mutación del objeto (Pizarro - Vallespinos); a otros, que entienden que el supuesto que analizamos constituye una sustitución de la obligación primigenia que se extingue mediante el nacimiento de una nueva relación jurídica obligatoria (Para Alterini, Ameal y López Cabana, la obligación resarcitoria), lo que configuraría una suerte de fenómeno de novación por cambio de objeto.

Como argumento a favor de la última postura mencionada, puede hacerse referencia a la literalidad de la norma del artículo 730 que dispone tres opciones a favor del acreedor insatisfecho; donde de una primera lectura pareciera extraerse que los inc. a y b estarían dirigidos a arbitrar los medios conducentes a la ejecución específica de la conducta prestacional, y el inc. c, sobre el que comentamos, a satisfacer el interés del acreedor mediante una prestación diferente, comprensiva de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento obligacional referido.

De otro costado, a esta postura se le puede objetar que al no existir un acuerdo novatorio en concreto conforme el cual los sujetos obligacionales convienen dicha extinción mediante el nacimiento de nueva obligación (*animus novandi*), no se configuraría la figura extintiva de la novación por ausencia de dicho requisito esencial.

Desde otra óptica, si consideráramos a este fenómeno como un supuesto de novación legal, no encontramos elementos suficientes, ni claridad en la redacción que permitan arribar a esta conclusión. Ello por cuanto la figura de la novación legal requiere de una norma específica que así lo disponga.

Por ello, decimos que, con esta postura, estaríamos ante una "suerte" de novación objetiva, que sin ser novación extingue la obligación primigenia, con lo que, a su vez, deberíamos preguntarnos, si estaríamos entonces ante un nuevo modo extintivo.

Por nuestra parte, compartimos con los autores cordobeses, Pizarro - Vallespinos, una solución diferente. Entendemos que en la ejecución por equivalente estamos ante la misma obligación originaria que sufre un fenómeno de modificación de objeto, lo que

---

6 AZAR, Aldo. *Obligaciones de medios y Resultados*. La Ley 2012 Buenos Aires pág. 254.

7 AZAR, Aldo. *Obligaciones de medios y Resultados*. La Ley 2012 Buenos Aires pág. 257.

nos ubica dentro de la dinámica obligacional y no en la faz extintiva del vínculo jurídico.

Conforme lo afirmado por Rezzónico, “la obligación no se extingue, perdura, si bien cambiándose la naturaleza la prestación”<sup>8</sup>.

Entre las razones que avalan esta postura podemos señalar que al no existir acuerdo novatorio (expreso ni tácito), ni encontrarnos frente a un supuesto anómalo de novación legal, no percibimos la extinción de una obligación mediante la creación de una nueva.

Amén de dichas razones, es oportuno señalar que, entender que estamos en presencia de una única obligación, que muta o modifica su objeto, posee una importancia práctica fundamental dentro del tráfico jurídico y de la tutela del crédito.

Ello, toda vez, que permite conservar todas las garantías y accesorios del crédito originario. De este modo, la figura adquiere una función tutelar polivalente ya que constituye, sin dudas, un mecanismo de efectivización de la tutela resarcitoria del crédito. Pero a la vez, permite conservarlo en toda su extensión, y de este modo integra asimismo la tutela satisfactiva del acreedor.

A lo expuesto, agregamos que esta posición permite dar prevalencia al “interés del acreedor” por sobre la conducta prestacional conforme criterios estrictos y apegados al cumplimiento en cuanto ejecución fiel y exacta de la conducta descrita en la obligación, por lo que vemos reflejada la tutela satisfactiva del crédito.

Es que, ante el incumplimiento obligacional imputable al deudor, y habiendo derivado en la sustitución por equivalente, el interés del acreedor también habrá mutado del desarrollo prestacional específico, a la satisfacción mediante la prestación dineraria correspondiente.

De este modo, estamos en presencia de un cumplimiento distinto, pero igualmente satisfactivo, ya que como dijimos, ha mutado el interés del acreedor.

Lo dicho resulta a su vez coherente con los señalamientos precedentes que imponen distinguir el valor del “equivalente”, esto es la prestación dineraria subsidiaria de la prestación original incumplida por razones imputables al deudor, del plus indemnizatorio que contingentemente podría derivar de dicho incumplimiento.

De tal suerte, la literalidad del artículo 730 del CCCN, mencionado como argumento a favor de la postura que hemos desechado, no implica obstáculo alguno para la que acogemos, toda vez que sus términos resultan comprensivos de ambos supuestos.

En el caso de la “ejecución por equivalente”, estamos en presencia de una suma dineraria que “...deberá corresponder al valor de la prestación debida (*aestimatio rei*)”<sup>9</sup>. En consecuencia, nos centramos en el débito obligacional que ha mutado en razón del incumplimiento, y no en las otras consecuencias concerniente a la noción “daños y perjuicios”, sometidos a los requerimientos de la responsabilidad civil.

---

8 ALTERINI, Ignacio E. *Imposibilidad de cumplimiento de la obligación*. Publicado en: RCCyC 2022 (septiembre-octubre), 27 Cita: TR LALEY AR/DOC/2329/2022

9 PIZARRO Ramón D. - VALLESPINOS Carlos G. *Tratado de Obligaciones* Tomo II pág. 241. Rubinzal Culzoni Editores. 2017

Finalmente, esta postura resulta acorde al tenor literal de la ley, ya que el artículo el art. 955 del CCCN al regular la imposibilidad de cumplimiento imputable al deudor, expresamente dispone que "la obligación modifica su objeto, y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados".

### III. Momento del Quantum Obligacional.

A nuestro entender, como ya señaláramos, en la ejecución por equivalente estamos ante la misma obligación primigenia que ha mutado de objeto.

Tras ello y siendo que, al tratarse de una obligación dineraria, el monto debido puede depreciarse, analizaremos cual será el momento a tener en cuenta para cristalizar el importe correspondiente a la prestación exigible al deudor.

La trascendencia de determinar dicho momento resulta evidente dado que a partir del mismo se tornará aplicable el régimen normativo propio de las obligaciones dinerarias, con la siguiente prohibición de repontenciar mediante mecanismos directos, vigente – de lege data- en nuestro derecho, conforme los términos del artículo 7 Ley 23928, to. Ley 25561, el cual dispone:

"El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto".

En relación al tema que nos ocupa se ha señalado que "...el cumplimiento por equivalente requiere que la determinación del valor de la cosa o prestación resulte de los valores de mercado vigentes al día de pago. Salvo en los contratos de consumo cuando sea el consumidor el obligado a la devolución en los términos del artículo 1144, en cuyo caso devolverá el precio pagado y no el de mercado.<sup>10"</sup>

Si bien lo señalado parece surgir como conclusión indiscutible, lo cierto es que es desde lo práctico, en escasas oportunidades la determinación del "equivalente" coexistirá con el momento del pago. Ello, por cuanto su cuantificación podrá requerir de diversas actividades para su concreción.

Creemos que al respecto podríamos identificar al menos cinco oportunidades diferentes:

a) El momento del incumplimiento imputable, oportunidad a partir de la cual el acreedor queda habilitado a efectuar la opción conferida por las normas del artículo 730 inc. c y 777 inc. c del CCCN, y donde podría tenerse por producida la transformación del objeto obligacional.

A esta postura podría objetarse que resulta perjudicial a los intereses del acreedor quién asumiría de manera exclusiva los riesgos derivados de la pérdida del poder

---

10 WAYAR, Ernesto C. *Mora: ejecución forzada específica y cumplimiento por equivalente*. Publicado en: LA LEY 10/11/2016, 1 - LA LEY 2016-F, 735 Cita: TR LALEY AR/DOC/3495/2016

adquisitivo del dinero en contextos inflacionarios.

b) La interposición de la demanda por incumplimiento, momento en el cual el acreedor hace efectiva la etapa de responsabilidad (distinción entre el débito y la responsabilidad - *shuld* y *haftung*) al activar los mecanismos jurisdiccionales predispuestos a fin de obtener la tutela judicial de su derecho. Este momento puede ser considerado, al igual que el punto a), como el punto inicial de la modificación del objeto obligacional, ya que se exigirá una suma de dinero y no la prestación original.

Resultan aplicables a este supuesto las objeciones efectuadas en el punto anterior, con la consiguiente lesión al derecho de crédito del acreedor; a lo que podemos agregar la referencia a una cuestión netamente procesal y no substancial propia de la dinámica obligacional específica.

c) La notificación de la demanda, momento en el que el deudor toma o debería tomar conocimiento del reclamo dinerario en su contra, y por ende de la mutación del objeto obligacional.

Al igual que en el caso anterior hacemos extensivas las objeciones antes formuladas, sin desconocer que el perjuicio del acreedor se verá disminuido a medida que se avance en el tiempo y la cuantificación se aproxime en mayor medida al efectivo pago.

d) La traba de la litis, ya que tal será, en un proceso dispositivo como el civil y comercial, el momento que fijará los términos sobre los que deberá expedirse el juez.

Si bien este momento, también de corte procesal, determina la cuestión a resolver, no encontramos argumento de peso que permita inclinarnos a favor de esta postura.

e) La pericia o acto probatorio pertinente que informa sobre el importe de los bienes de referencia en un momento procesal determinado, posterior a los antes mencionados.

Este supuesto adquiere vital importancia en el caso de las obligaciones de valor, donde el quantum obligacional debe ser determinado en función a un bien de referencia.

Cabe recordar que en las obligaciones de valor lo adeudado no es una suma de dinero sino un cierto valor, que necesariamente habrá de medirse en dinero. "El dinero no aparece en estas deudas *in obligatione* (lo debido no es dinero sino un valor) sino *in solutione* (dicho valor debe traducirse en dinero y ser pagado en dinero). Se debe un valor pero se paga en dinero<sup>11</sup>".

Al respecto conforme dispone el artículo 772 del CCCN "el monto resultante en estas obligaciones debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la valuación de la deuda...".-

Así, podemos decir que en estos supuestos la pericia o el acto probatorio asimilable brindará un monto resultante de criterios objetivos, generalmente apreciados por especialistas dotados de los conocimientos técnicos pertinentes.

---

11 PIZARRO Ramón D. - VALLESPINOS Carlos G. *Tratado de Obligaciones*. Rubinzal Culzoni. 1ª. Ed. Revisada. 2017 tomo 1 Pág. 430.

f) La sentencia, oportunidad en la que el magistrado/a declara dicha transformación mediante el acto jurisdiccional que otorga al crédito fuerza ejecutiva.

Frente a esta postura debemos acotar que estamos en presencia de un sistema declarativo, en el cual el juez no crea derechos, se limita a reconocer los existentes al momento de la traba de la litis.

A su vez, cuando la determinación del quantum requiera de la aplicación de saberes específicos, el juez/a deberán recurrir al auxilio de otras disciplinas ajenas a su saber jurídico, en los que basar su decisorio. De allí que en estos casos deberá retrotraerse a los actos probatorios antes mencionados.

#### **IV. Nuestra postura**

Del análisis precedente concluimos que, desde una perspectiva protectoria del derecho de crédito, que tiene como eje la satisfacción del interés del acreedor, serán la pericia o actos probatorios equivalentes los que permitirán cuantificar la prestación dineraria adeudada en el supuesto de la ejecución por equivalente ante el incumplimiento obligacional imputable al deudor.

Así, podemos definir al acto pericial como "... el medio de prueba a través del cual un tercero independiente e imparcial (perito), a raíz de un encargo judicial, intenta obtener en el proceso una opinión fundada en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos (pericia), a los fines de hacer llegar al magistrado un elemento probatorio (sea que fuera para determinar las causas o los efectos de un hecho incierto o parta verificar la existencia del mismo)<sup>12</sup>".

Nos inclinamos por esta tesis ya que nos apegamos a la cuestión fenomenológica en el momento en que a través de hechos y actos tales como tasación, peritaje, avalúo, comparación, etc., en los que aseguren el debido contralor de los involucrados, se reflejen criterios de realidad, propios de una mirada del derecho funcional a sus destinatarios.

En aquellos casos en que no se cuente con una pericia, se deberá acudir a algún otro elemento probatorio objetivo y razonable conforme criterios de realidad, en función del cual el magistrado interviniente pueda cuantificar dicho equivalente.

Esta conclusión se potencia en el ámbito del derecho del consumo puesto que será generalmente el consumidor o usuario quién reclamará la prestación por equivalente; con lo que estar a los criterios objetivos y razonables antes expuestos que permitan cuantificar el valor del equivalente con mayor cercanía al efectivo pago, se corresponderá con la mayor protección a dicho sujeto, sobre el que en la contratación consumeril, se verifica la debilidad estructural.

Desde otra óptica, cabe recordar que la ley 24240, ante el incumplimiento imputable del proveedor, faculta al consumidor o usuario a aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente.

---

12 DÍAZ VILLASUSO, Mariano. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Comentado y concordado, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II pág. 88, 2016, citando a Dévis Echandía, Hernando. *Compendio de la Prueba Judicial*, t. ii. Rubinzal Culzoni Editores.

Con ello, se amplía la protección del consumidor acreedor, quién podría optar por la ejecución de una prestación no dineraria, evitando los riesgos de la depreciación. Ante esta opción, se enerva asimismo la incertidumbre generada por el momento de determinación del quantum, objeto del análisis de este trabajo.

## V. Conclusión

Partiendo del concepto de "obligación", en cuanto relación jurídica conforme la cual el acreedor tiene el derecho de exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de ese interés (art. 724 CCCN); corresponde analizar las distintivas derivaciones de dicho incumplimiento, según el mismo sea o no imputable al deudor.

En los casos de obligaciones no dinerarias, cuando el cumplimiento de la conducta descrita en la prestación ya no sea posible por razones imputables al deudor, no se producirá su liberación y surgirá la opción de "ejecución por equivalente" (arts. 730 inc. c y 777 inc. c del CCCN).

Habiendo tomado posición de que ante este supuesto se producirá la modificación de la obligación cuyo objeto habrá mutado de la prestación original (no dineraria) a la de dar una suma de dinero (id quod interest), se debe establecer el momento correspondiente a la determinación de dicho valor dinerario (aestimatio rei).

Identificamos al menos cinco momentos posibles, a saber: a) momento del incumplimiento imputable; b) interposición de la demanda por incumplimiento; c) notificación de la demanda; d) traba de la litis; e) pericia o acto probatorio pertinente.

Nos inclinamos por tomar este último como criterio preponderante, toda vez que el mismo responderá a criterios objetivos y de participación conjunta que garanticen la bilateralidad del proceso y el ejercicio del derecho de defensa, y, por ende, la tutela efectiva de los derechos involucrados.

Asimismo, en esta hipótesis el monto dinerario correspondiente se determinará en base a un elemento temporal inmovible que fijará el momento a partir del cual el derecho de crédito se cristaliza y podrán comenzar a aplicarse los mecanismos de actualización indirecta.

Así, el derecho subjetivo del acreedor a satisfacer debidamente su interés, se verá mayormente protegido ante la mayor cercanía posible al acto solutorio.

---

## Referencias Bibliográficas

- ALTERINI, IGNACIO E. Imposibilidad de cumplimiento de la obligación. Publicado en: RCCyC 2022 (septiembre-octubre), 27. Cita: TR LALEY AR/DOC/2329/2022.
- AZAR, Aldo M. Obligaciones de Medios y Resultados. La Ley Buenos Aires. 2012.
- DÍAZ VILLASUSO, Mariano. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Comentado y concordado, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II pág. 88, 2016, citando a

Dévis Echandía, Hernando. Compendio de la Prueba Judicial, t. ii. Rubinzal Culzoni Editores.

• HERRERA Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (Dir) "Código Civil y Comercial de la Nación comentado". Infojus. Buenos Aires. 2015. 1° Edición.

• LORENZETTI, Ricardo L. (Dir). "Código Civil y Comercial de la Nación comentado". Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2015. 1° Edición.

• OSSOLA, Federico. "Obligaciones", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016. 1° Edición Impresa.

• PIZARRO, Ramón D. VALLESPINOS, Carlos G. "Tratado de Obligaciones". Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2017. 1° Edición.

• WAYAR, Ernesto C. Mora: ejecución forzada específica y cumplimiento por equivalente. Publicado en: LA LEY 10/11/2016, 1 - LA LEY 2016-F, 735 Cita: TR LALEY AR/DOC/3495/2016

# APROXIMACIONES Y PROPUESTAS PARA UN TRATAMIENTO HUMANISTA DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO

---

## APPROACHES AND PROPOSALS FOR A HUMANISTIC TREATMENT OF DAMAGES ARISING FROM ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN ARGENTINE CIVIL LAW

---

**Daniel J. Bonino<sup>1</sup>**

---

### RESUMEN:

La responsabilidad civil en inteligencia artificial (IA) debe priorizar la protección de la persona humana y adoptar soluciones justas, con una función preventiva clave para mitigar daños. La IA se regula en el Código Civil y Comercial (CCC) como "cosa" o "actividad" y no como sujeto de derechos, aplicándose las normas de responsabilidad por actividades riesgosas en casos de daños. La carga de prueba recae en los desarrolladores y operadores de IA, y los daños en entornos digitales incluyen responsabilidad de proveedores bajo la Ley 24240. Como reforma, se sugiere adaptar la legislación para abordar los rápidos avances tecnológicos, establecer registros públicos de IA, asegurar la reparación mediante seguros obligatorios, y prever sanciones punitivas para evitar IA sesgada y discriminatoria.

### ABSTRACT

Civil liability in artificial intelligence (AI) should prioritize human protection and adopt fair solutions, with a key preventive role to mitigate harm. AI is regulated in the Civil and Commercial Code (CCC) as an "object" or "activity" rather than as a subject of rights, applying liability rules for hazardous activities in cases of harm. The burden of proof lies with AI developers and operators, and digital environment damages involve supplier liability under Law 24240. As a reform, it is suggested to adapt legislation to address rapid technological advances, establish public AI registries, ensure compensation through mandatory insurance, and introduce punitive sanctions to prevent biased and discriminatory AI.

---

<sup>1</sup> Miembro titular. Profesor Asociado de Derecho Privado II (Obligaciones), de la Carrera de Abogacía, de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Río Cuarto. Maestrando de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil en IA, prevención y daños, regulación y legislación (CCC y Ley 24240), derechos de la persona humana, función sancionatoria y discriminación.

---

KEY WORDS: Civil liability in AI, prevention and damages, regulation and legislation (CCC and Law 24240), human rights, sanctioning function and discrimination.

## I. Introducción

La inteligencia artificial (IA) plantea una serie de desafíos inéditos en el ámbito del derecho civil, especialmente en lo que respecta a la responsabilidad civil. La creciente sofisticación de estos sistemas y su integración en diversas facetas de la vida cotidiana han derivado en riesgos y daños potenciales que requieren un marco jurídico que se adapte y regule efectivamente esta tecnología emergente. En el contexto del derecho civil argentino, es crucial abordar estas nuevas problemáticas desde una doble perspectiva: la legislación vigente (de *lege lata*) y las propuestas legislativas futuras (de *lege ferenda*). A continuación, se presenta un análisis detallado de las normas actuales y se sugieren modificaciones a la legislación para cubrir los vacíos que aún existen en el tratamiento jurídico de la I.A.

## II. Análisis

De acuerdo con la legislación vigente, la responsabilidad civil derivada del uso de la inteligencia artificial debe enmarcarse en una interpretación constitucional y convencional, tal como establecen los artículos 19, 42, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y el artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación (C.C.C.). Esto implica centrar la regulación en la persona humana, adoptando una perspectiva de "garantía de humanidad" que priorice la dignidad y los derechos fundamentales. En esta línea, el uso de principios y un enfoque de diálogo de fuentes es esencial para abordar las complejidades de los daños derivados de la tecnología.

Además, la función preventiva de la responsabilidad civil, consagrada en los artículos 1710 y siguientes del C.C.C., emerge como un recurso idóneo y eficaz para mitigar los riesgos asociados a la IA. Este enfoque preventivo se refuerza mediante el deber de prevención y buena fe, que exige a proveedores y fabricantes informar de manera clara y oportuna sobre el uso de IA en productos y servicios, independientemente de si se trata de entornos digitales o analógicos. Esto apunta a la transparencia y a la seguridad en las relaciones jurídicas, permitiendo a los consumidores y usuarios estar mejor informados sobre los posibles riesgos tecnológicos.

En cuanto a la categorización jurídica de la inteligencia artificial en el Código Civil y Comercial Argentino, los sistemas de IA, incluidos robots y algoritmos, son tratados como "cosas" y "actividades" (art. 16 y art. 257 del C.C.C.), lo cual los convierte en objetos de derechos, excluyéndolos como sujetos de derechos y obligaciones. Este tratamiento tiene implicancias significativas en la asignación de responsabilidad, especialmente cuando se trata de daños generados por actividades riesgosas, donde se aplica un factor de responsabilidad objetiva (arts. 1757 y 1758 del C.C.C.).

Particularmente en el caso de los vehículos autónomos, se observa que estos están sujetos a un régimen de responsabilidad específico (art. 1757, 1758 y 1769 del C.C.C.). Este marco implica que tanto el titular registral como quien realiza el mantenimiento del

sistema inteligente responden de forma concurrente por los daños ocasionados por el vehículo. Asimismo, los daños causados por la IA, con motivo o en ocasión de una relación o contrato de consumo (art. 1092 y conc. C.C.C.), están contemplados en la Ley 24240, artículo 40, que extiende la responsabilidad al proveedor y a todos los involucrados en el proceso de comercialización, incluidas las plataformas.

Además, en el ámbito de la responsabilidad de los profesionales liberales, gobernado por el principio de la responsabilidad aquiliana - conforme lo dispuesto por la norma del art. 1768 del C.C.C.-, debe ponderarse que cuando aquellos se valen de sistemas de IA para prestar sus servicios, los daños provenientes de sus vicios (errores, sesgos o falta de transparencia), deben juzgarse bajo las pautas de la responsabilidad objetiva, con fundamento en lo previsto en el segundo párrafo de la norma precitada. Para los casos de daños colectivos y anónimos derivados del uso de la IA., resultan aplicables las disposiciones de los artículos 1761 y 1762 del C.C.C. En los procesos derivados de daños, ya sean preventivos o resarcitorios, se utiliza la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, imponiendo la carga de la prueba sobre quienes poseen el conocimiento y control tecnológico del sistema.

En cuanto a las reformas legislativas necesarias, resulta imperativo ajustar la normativa para enfrentar los nuevos desafíos que plantea la IA, fundamentándola en un sistema de principios que priorice la protección de los derechos personalísimos de la persona humana. Las modificaciones legales deberán integrar las directrices éticas del derecho internacional, enfatizando la función preventiva de la responsabilidad civil para gestionar los riesgos derivados de la IA y mitigar potenciales daños a los derechos fundamentales.

Con una visión holística, la legislación debe promover un enfoque multidisciplinario, que combine transparencia, supervisión humana y protección de la privacidad para reducir los riesgos y maximizar los beneficios de la IA. Asimismo, es recomendable la creación de un registro público de sistemas de IA, para que los individuos puedan conocer los propietarios y las modificaciones relevantes en estos sistemas.

Desde el punto de vista resarcitorio, se deben establecer pautas claras para definir los supuestos de responsabilidad de los sistemas de IA, abarcando la relación de causalidad, los factores de atribución y los mecanismos de reparación, como los seguros obligatorios. Finalmente, se sugiere la incorporación de una función sancionatoria que contemple sanciones punitivas para disuadir la comercialización de sistemas sesgados que comprometan la dignidad y privacidad de las personas mediante discriminaciones injustas.

### **III. Conclusión**

La inteligencia artificial plantea desafíos complejos y significativos en el ámbito del derecho civil argentino, exigiendo un enfoque tanto preventivo como adaptativo para abordar los riesgos y proteger los derechos de las personas. La normativa actual ofrece herramientas valiosas, pero es evidente la necesidad de ajustes legislativos para enfrentar los avances tecnológicos con un enfoque centrado en la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales. En un contexto donde la IA juega un rol creciente en la sociedad, es fundamental una regulación que no solo mitigue los riesgos, sino que también promueva un uso ético y beneficioso de estas tecnologías.

## Referencias Bibliográficas

---

- Colombo, M. C. (2023). \*Los algoritmos como potencial agente dañoso\*. En \*EBOOK-TR 2023 (Colombo)\* (Capítulo II, p. 27). Cita: TR LALEY AR/DOC/766/2023.
- Corvalán, J. G. (2021). \*Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho\* (Tomo III). Ed. La Ley.
- Corvalán, J. G., & Danesi, C. C. (2021). \*Responsabilidad civil de la Inteligencia Artificial\*. En \*Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho\* (1.ª ed., Tomo III, p. 279). Thomson Reuters La Ley.
- Danesi, C. C. (2018). \*Inteligencia artificial y responsabilidad civil: un enfoque en materia de vehículos autónomos\*. La Ley Online. Cita: TR LALEY AR/DOC/2374/2018.
- Galdós, J. M. (2015). \*El art. 1757 del Cód. Civ. y Com. (el anterior art. 1113 Código Civil)\*. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros (RCyS), 2015-IV, p. 176.
- Gianfelici, F. R. (2023). \*Personalidad jurídica del Robot y la responsabilidad civil por sus hechos\*. En \*Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho\* (2.ª ed., Tomo II, p. 454). Thomson Reuters La Ley.
- Pizarro, R. D., & Vallespinos, C. G. (2018). \*Tratado de Responsabilidad Civil\* (1.ª ed., Tomo I, p. 255). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Ruano, M. C. (2024). \*El ABC de la inteligencia artificial a partir de una óptica de los derechos humanos. Desde las personas y para las personas\*. La Ley, 14 de junio de 2024. Cita: TRC LA LEY AR/DOC/1431/2024.
- Santarelli, F. G. (2023). \*Una inteligencia artificial responsable. Propuestas de encuadramiento y método para una regulación de la inteligencia artificial responsable\*. La Ley, 9 de agosto de 2023, 1 - La Ley 2023-D, 338. Cita: LALEY AR/DOC/1851/2023.
- Valencia, K. (2020). \*Diseño de algoritmos que aplican inteligencia artificial: un enfoque preventivo de la responsabilidad civil a la luz de la propuesta de reglamento del Parlamento Europeo del año 2020\*. En J. G. Corvalán (Dir.), \*Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho\* (Tomo III, p. 149).

# RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS “INFLUENCERS”

---

## JOINT LIABILITY OF INFLUENCERS

---

**Juan Franco Carrara<sup>1</sup>**

---

### RESUMEN:

Propone una reforma legislativa del artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 que incorpore a los influencers expresamente con responsabilidad objetiva y solidaria. Propuesta reforma texto legislativo: Artículo 40. Si el daño al consumidor resulta de vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el influencer, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará, total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.”

### ABSTRACT

It proposes a legislative amendment to Article 40 of the Consumer Protection Law No. 24,240 to explicitly include influencers with strict and joint liability. Article 40. If consumer harm results from a defect or risk associated with the product or the provision of the service, liability shall extend to the producer, manufacturer, importer, distributor, supplier, influencer, seller, and anyone who has placed their brand on the product or service. The carrier shall be liable for any damage caused to the product arising from or during the service. Liability is joint and several, without prejudice to the right to seek recourse from others. Only those who can demonstrate that the cause of the damage was beyond their control may be released from liability, in whole or in part.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad solidaria; Influencers; Ley de Defensa del Consumidor; Redes sociales; Reforma legislativa.

---

**KEY WORDS:** Joint Liability; Influencers; Consumer Protection Law; Social Media; Legislative Reform.

---

<sup>1</sup> Profesor Titular Cátedra “B” – Derecho del Consumidor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba.

## I. Fundamentos

### 1. Concepto de influencer

a) *Observatorio de palabras de la Real Academia Española*<sup>2</sup>

“La voz influencer es un anglicismo usado en referencia a una persona con capacidad para influir sobre otras, principalmente a través de las redes sociales. Como alternativa en español, se recomienda el uso de influyente: Cómo ser influyente en redes sociales. También serían alternativas válidas influidor e influenciador”.

### 2. Persona humana o persona jurídica

a) *Quiénes pueden ser “influencers”*

Conforme el Título I y Título II del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, pueden ser “influencers” todas las personas humanas y jurídicas que utilicen las redes sociales para influir en los consumidores de bienes y servicios.

### 3. “Lege data”

a) *Ley 24.240 y Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*

En la ley de defensa del consumidor N° 24.240 ni en el Código Civil y Comercial se hace referencia a la responsabilidad específica de los “influencers”, ni se regula su actividad en redes sociales.

### 4. Entorno digital – redes sociales – responsabilidad civil

a) *Confianza Generada*

La actividad desplegada influyente del “influencer” en las redes sociales<sup>3</sup> se asemeja a la actividad de los personajes famosos en su intervención publicitaria. Pero entendemos que son actividades distintas y de naturaleza distinta; ya que en el primer caso “los influencers” cuentan con el seguimiento masivo, validación masiva de su figura por otras personas en las redes sociales y “los famosos” validan su fama en propios atributos personales y aparecen individualmente frente a los consumidores a quienes dirigen el mensaje.

En ambos casos generan una “particular confianza” en el público consumidor. Y esa “confianza desplegada” es el fundamento de la responsabilidad civil<sup>4</sup>.

Celia Weingarten enseña que “la confianza genera *razonables expectativas* y quien actúa conforme a ella tiene derecho a que esas expectativas se vean satisfechas

2 [www.rae.es/observatorio-de-palabras/influencer](http://www.rae.es/observatorio-de-palabras/influencer)

3 PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Tratado de Responsabilidad Civil. Segunda Edición Ampliada y Actualizada. Tomo V Parte Especial. Acciones de Responsabilidad Civil. Editorial Rubinzal – Culzoni Editores. Año 2024. Págs. 246 y 247. “Las redes sociales son sitios de Internet (plataformas informáticas) que permiten a los usuarios mostrar su perfil, subir fotos, contar experiencias personales, chatear con sus amigos y, en general, compartir e intercambiar contenidos de todo tipo (información, opiniones, comentarios, fotos y videos). El usuario comparte con distintas personas contenidos de todo tipo mediante aplicaciones especialmente diseñadas por cada red, bajo un régimen de condiciones jurídicas estandarizadas mediante contrato de adhesión. Se persigue intercambiar contenidos entre personas que se relacionan libremente en el espacio virtual. Se trata de espacios de comunicación que tienen enormes proyecciones sociales, políticas y económicas. Su poder en materia de comunicación, marketing y tendencias es incontrolable, pues influyen directamente en las preferencias y opiniones de los consumidores y usuarios ...”.

4 ONDARCUHU, José Ignacio. Publicidad engañosa. Editorial Astrea. Año 2021. pág. 279.

y a poner en marcha los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para obtener su cumplimiento<sup>5</sup>.

*b) Responsabilidad civil. La confianza como factor objetivo de reparación de daños.* Siguiendo en la doctrina a la Celia Weingarten referimos que “las razonables expectativas que se ven frustradas cuasándose un daño, encontramos que corresponde una *responsabilidad objetiva*. Sin perjuicio de que pueda mediar en otros casos factores subjetivos.

La atribución de responsabilidad objetiva por la lesión a la confianza, ya ha sido receptada en el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor cuando introduce la responsabilidad de quien aporta una marca – el productor aparente – siendo el fundamento de ello la confianza que se genera en el público y el consiguiente beneficio que obtiene mediante el empleo de la marca.

Esta atribución objetiva de responsabilidad se deriva de la noción de riesgo provecho, y de la actividad económica que nutre a su vez la concepción del riesgo de empresa de la doctrina italiana. Quien realiza una actividad económica obteniendo por ello un beneficio, debe reparar el daño provocado por la pérdida o frustración de expectativas”.

*c) Los “influencers” integran el proceso de comercialización de bienes y servicios en el mercado.*

La actividad de “los influencers” en redes sociales integra la cadena de comercialización de bienes y servicios y tienen responsabilidad objetiva y solidaria.

Atento que la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación, conforme art. 828 del CCCN; proponemos que “los influencers” se incluyan expresamente en el artículo 40 de la Ley 24.240.

## 5. “Lege Ferenda”

a) Proponemos una reforma legislativa del artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 que incorpore a los influencers expresamente con responsabilidad objetiva y solidaria.

*Propuesta reforma texto legislativo:*

*Artículo 40. Si el daño al consumidor resulta de vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, **el influencer**, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.*

*La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará, total o parcialmente quien demuestre que la causa del d año le ha sido ajena.*

---

5 WEINGARTEN, Celia. La confianza en el sistema jurídico. Contratos y derechos de daños. Ediciones Jurídicas Cuyo. Año 2002. Pág. 125.

**Referencias Bibliográficas**

---

- ONDARCUHU, José Ignacio. Publicidad engañosa. Editorial Astrea. Año 2021.
- PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Tratado de Responsabilidad Civil. Segunda Edición Ampliada y Actualizada. Tomo V Parte Especial. Acciones de Responsabilidad Civil. Editorial Rubinzal – Culzoni Editores. Año 2024.
- WEINGARTEN, Celia. La confianza en el sistema jurídico. Contratos y derechos de daños. Ediciones Jurídicas Cuyo. Año 2002.

# EL CONTRATO DE LARGA DURACIÓN Y SU COMPLEJA CONFIGURACIÓN TÉCNICA

---

## THE LONG-TERM CONTRACT AND ITS COMPLEX TECHNICAL CONFIGURATION

---

Esteban Javier Arias Cáu<sup>1</sup>

---

### RESUMEN:

El contrato de larga duración, caracterizado por su complejidad y extensión temporal, requiere adaptaciones continuas debido a los cambios en las circunstancias que afectan su ejecución. Estos contratos, comunes en relaciones empresariales y acuerdos estratégicos, son más flexibles que los tradicionales y buscan fomentar la colaboración entre las partes. La teoría relacional, desarrollada por Macneil, subraya la importancia de la cooperación y la buena fe en estos acuerdos. El Código Civil y Comercial de Argentina (art. 1011) reconoce esta categoría, destacando la esencialidad del tiempo y el deber de renegociación en caso de rescisión unilateral. A nivel internacional, los Principios Unidroit han actualizado su enfoque para reflejar la naturaleza dinámica de estos contratos. El artículo 1011, aunque útil, ha sido objeto de debate debido a su falta de especificidad en ciertos aspectos, como la rescisión, y la necesidad de interpretación flexible según las circunstancias.

### ABSTRACT

The long-term contract, characterized by its complexity and extended duration, requires continuous adaptations due to changes in circumstances that affect its execution. These contracts, common in business relationships and strategic agreements, are more flexible than traditional ones and aim to promote collaboration between the parties. Relational theory, developed by Macneil, emphasizes the importance of cooperation and good faith in these agreements. The Argentine Civil and Commercial Code (Art. 1011) acknowledges this category, highlighting the essential nature of time and the duty to renegotiate in the event of unilateral termination. On an international level, the Unidroit Principles have updated their approach to reflect the dynamic nature of these contracts. Article 1011, while useful, has been the subject of debate due to its lack of specificity in certain aspects, such as termination, and the need for flexible interpretation according to the circumstances.

---

<sup>1</sup> Profesor Asociado en la cátedra de "Derecho Civil III – Contratos en general y particular" y Profesor Adjunto "Defensa del consumidor y del usuario", de la Universidad Católica de Santiago del Estero, Departamento San Salvador (DASS). Magíster en Derecho Empresario por la Universidad Austral (UA). Doctor en derecho (UNC). Ponencia presentada en las "XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil", realizadas en la sede Pilar de la Universidad Austral, en el mes de septiembre de 2024. Elaborada sobre la base del artículo conjunto escrito con el Dr. Daniel E. MOEREMANS, de carácter inédito.

PALABRAS CLAVE: Contrato de larga duración, teoría relacional, buena fe, renegociación, rescisión.

KEY WORDS: Long-term contract, relational theory, good faith, renegotiation, rescission.

## I. Generalidades

El contrato tradicional o clásico basado en la relación de intercambio o transaccional, como modelo o arquetipo técnico jurídico, se encuentra en jaque a partir de la masificación de la producción de bienes y servicios y la complejidad de los nuevos negocios, puesto que se trata de un instrumento rígido o poco flexible a los cambios externos como también poco amigable a las relaciones extendidas en el tiempo. Además, se señala que desde el punto de vista económico son ineficientes al requerir un control específico en la etapa de ejecución y desalientan la inversión<sup>2</sup>.

Por el contrario, en el ámbito empresarial las relaciones contractuales se extienden en el tiempo, con vocación de perpetuidad, cuando el empresario requiere la provisión de materia prima o de un *"expertise"* que sólo puede ser satisfecho por un proveedor único o exclusivo, generándose un negocio que implica varias generaciones. Así, tal como enseñan Hart, Frydlinger y Vitasek<sup>3</sup>, desde el punto de vista del mercado: "En una era en que las empresas tienden a depender cada vez más de sus proveedores para reducir costos, mejorar la calidad e impulsar la innovación, los contratos tradicionales (llamados transaccionales) no funcionan. Estos a menudo socavan las relaciones de las partes y la confianza necesaria para hacer frente a la incertidumbre externa".

En tales términos, se ha propuesto como solución adoptar un tipo de acuerdo totalmente diferente, conocido como *"contrato relacional formal"* o *"vested"* que se caracteriza porque crea un marco flexible diseñado para fomentar la colaboración en relaciones estratégicas o complejas de largo plazo<sup>4</sup>. Estos contratos que son legalmente exigibles, se distinguen del modelo clásico en que especifican objetivos mutuos y establecen estructuras de gobierno para mantener alineadas las expectativas e intereses de las partes. Son especialmente útiles para acuerdos de compras complejos, subcontratación, alianzas estratégicas, *joint venture*, franquicias, asociaciones público-privada, grandes proyectos de construcción y acuerdos de negociación colectiva.

## II. El contrato de larga duración como negocio relacional

### II.1- Noción

La dinámica comercial actual ha gestado en el escenario contractual una nueva categoría compleja y transversal que al penetrarse el factor "tiempo" en una medida inusual (entre 3 y 20 años o más) obliga a que en la fase de desenvolvimiento o ejecución a que se requiera de una sucesiva adaptación que viene impuesta por la naturaleza de su propio despliegue y repercusión del cambio de circunstancias, y sin la cual, las expectativas de las partes, según lo querido y esperado a tenor del esquema inicial, no podría ser alcanzadas<sup>5</sup>.

2 Véase FRYDLINGER, HART Y VITASEK, "Un nuevo enfoque de los contratos", Harvard Business Review, Septiembre/Octubre 2019.

3 Op. Cit. Nota N° 4, "A New approach to Contracts, publicado en la Harvard Business Review, Septiembre/Octubre 2019

4 Conforme los autores citados en la nota N° 4, se denominan vested porque las partes tienen un interés personal en el éxito de la otra, o se podría decir que son contratos en los cuales "mientras a una parte le vaya bien, igual efecto tendrá para la otra"

5 MORELLO, Augusto M., "Los contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente", LL 1989-C-1227.

La característica central de estos contratos consiste en que por su complejidad se desarrollan mediante una ejecución prolongada en el tiempo, de modo que las partes quedan vinculadas por lapso prolongado en torno al negocio respectivo. Es lo que ocurre, y dada su transversabilidad con los contratos de distribución, de suministro, de franquicia, de arrendamiento de cierto tipo de cosas (como equipos o maquinarias), el *leasing*, y una gran cantidad de servicios que comúnmente se prestan por períodos extensos<sup>6</sup>: *de mantenimiento, profesionales, de construcción, entre otros*.

Es por ello que los contratos de larga duración son igualmente contratos relacionales. La teoría relacional de los contratos, desarrollada en un comienzo por el académico norteamericano Ian R. Macneil<sup>7</sup> a finales de los años sesenta, cuestiona el estudio tradicional del derecho de contratos. En efecto, esta teoría tiene como objetivo primordial ampliar la visión de los contratos a partir de un enfoque interdisciplinario —en especial sociológico— que permita conseguir tanto descripciones acordes con las relaciones contractuales contemporáneas, como nuevas propuestas para planificar, enseñar, interpretar o regular los contratos de conformidad con la realidad que develan esas mismas descripciones. Así, este autor afirma que *todo intercambio implica algún tipo de relación entre las partes*, y por ende, de una manera u otra todo contrato es relacional. Sin embargo, al mismo tiempo, considera que hay contratos más relacionales que otros, y esto lo explica situando hipotéticamente todo contrato al interior de un espectro contractual, que comienza por lo que él denomina contrato “discreto” y termina en el más relacional de los contratos. Los extremos de dicho espectro deben ser entendidos como construcciones relativamente irreales. Así, los conceptos de contrato discreto y relacional son mejor entendidos como “tipos ideales” que son útiles para delinear principios que tendrán mayor o menor incidencia dependiendo de donde se encuentre uno situado en el espectro que sugiere Macneil.

En los contratos de larga duración el carácter relacional hace que surja un deber calificado de conducta. Un deber de colaboración entre las partes emanado del principio de buena fe, ya que el contrato deja de ser un simple punto de encuentro de intereses contrapuestos, pasando a ser un instrumento de realización de un proyecto común, en el que cada parte debe cooperar para que la otra parte pueda obtener el fin individual buscado y el propio, pues a través de la obtención del propio interés, satisface igualmente el interés de la otra parte.

## II.2- Recepción normativa internacional de los contratos de larga duración

En el ámbito internacional en el año 2016 se modificaron los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales a fin de abordar principalmente esta categoría, que fue elaborada en atención a la relevancia que han adquirido desde el punto de vista negocial (art. 1.11<sup>8</sup>).

---

6 BRANTT ZUMARÁN, María, Graciela “La colaboración de las partes en los contratos de larga duración”, en Estudios de Derecho Civil XV, publicación de la XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Chile, Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibañez, (De bonis Editor), Edit. Thomson Reuters, 2020, pág. 561 y ss.

7 Al respecto puede verse, MACNEIL, Ian R., *Relational Contract: What we do and do not Know*, Harvard Law Rev., 1985, pág. 483 y ss.

8 Conf., art. 1.11 (Definiciones), *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales* (2016). Véase FUSTRER, Gonzalo, B, “La terminación unilateral en los contratos de larga duración en la cuarta edición de los principios UNIDROIT sobre CCI de 2016”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 159, Septiembre-Diciembre 2020, págs. 1235-1268.

### III. Recepción y análisis de la regulación legal

#### III.1- Texto legal (art. 1011, CCyC)

El derecho argentino recibió esta categoría normativa contractual<sup>9</sup> en una sola regla jurídica (art. 1011) y de la siguiente manera:

“En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar.

Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

#### III.2- Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se dice: “Se propone una regulación del objeto de los contratos de larga duración. El modelo contractual *clásico* está basado en reglas que nacen de una etapa, que es el consentimiento, en la cual las partes negocian y fijan las reglas de modo definitivo. El estudio de estos fenómenos fue concebido como una fotografía estática: el contrato tiene un comienzo, a través del consentimiento, y un fin, por efecto de alguna causa de extinción. Hoy en día se comienzan con contactos sociales, tratativas, ofertas, consentimiento, ejecución extensa, deberes poscontractuales, todo en una secuencia en la que resulta difícil separar etapas; su estudio se parece más a una película capaz de captar el dinamismo...”.

#### III.3- Nueva categoría contractual

La noción clásica de contrato paritario y negociado, si bien sobrevive en el CCCN, se presentan a la par otras categorías contractuales, acordes con la modalidad del negocio que se perfeccione entre las partes (ej. por adhesión, consumo, larga duración, conexos, etc.). En efecto, la categoría de los contratos de larga duración resulta útil para aquellos vínculos jurídicos complejos que se extienden en el tiempo, por ser el paso del tiempo un elemento esencial para la consecución de su finalidad. Así, se aplica para aquellos contratos donde se reformulan habitualmente en su contenido, por ejemplo, en la medida del cambio de tecnologías, precios, servicios, y sería insensato obligar a las partes a cumplir puntualmente con lo pactado en el *sinálgma* original, si es incluso que el tema ha sido objeto de regulación en la faz genética.

El objeto del contrato puede establecer una operación temporalmente extensa que requiere de una comprensión dinámica y flexible. La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar el elemento conmutativo del negocio mediante un concepto relacional y dinámico. El legislador al disponer una sola regla jurídica en la parte general de los contratos y luego una regulación específica de aquellas figuras contractuales más utilizadas en la práctica comercial (ej. suministro, agencia, franquicia), ha sido, a nuestro entender, correcta porque no

9 GABRIELLI, Enrico. “Contratos de larga duración”, LL Online AR/DOC/2531/2017: “En el Código Civil italiano, a diferencia del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, no existe una noción legislativa de los contratos de duración. Las normas que pueden ser reconducidas al concepto, y a la categoría dogmática que bajo el *nomen* resulta generalmente comprendida, son las que refieren a los contratos en los cuales la ejecución de la prestación debida por una a la otra parte se extiende y prolonga en el curso del tiempo”.

nos parece prudente desarrollar una compleja regulación de este tema novedoso y controvertido, y que debe ser dejado por lo menos actualmente, a la doctrina.

Empero, como veremos en seguida, la extensión del vínculo contractual y el objeto de las prestaciones requieren de una hermenéutica distinta, flexible, en especial con respecto a las hipótesis legales para dejarlo sin efecto, total o parcialmente (ej. rescisión, resolución, etc.).

#### III.4- Presupuestos normativos

En primer lugar, según se desprende del art. 1011 del CCCN, el tiempo es esencial para la configuración del contrato de larga duración. Sin embargo, puede haber contratos de duración, aunque sea larga, pero sin que queden comprendidos en la categoría que analizamos. Así, por ejemplo, un contrato de locación inmobiliaria habitacional y de otros destinos (art. 1197) se puede pactar por 20 o 50 años de duración, respectivamente. En ambos casos se trata de vínculos contractuales con extensión temporal larga o extensa. Sin embargo, puede ocurrir que en la primera hipótesis de locación y que suele ser incluso de consumo<sup>10</sup> (art. 1093) no pierda la estructura de un contrato *de cambio o transaccional o discreto en la terminología de Macneil*; en cambio, en la segunda hipótesis es factible que se trate de un *contrato relacional* (ej. locación de una fábrica). Esta característica, sin duda, impactará de manera diversa entre otras ante las situaciones extraordinarias o imprevisibles que sucedan durante la vida del contrato y que lleven a la necesidad de renegociar el contenido prestacional (ej. cláusulas *hard ship* o aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente) o la necesidad de integrar el contenido en base a las nuevas circunstancias o avances tecnológicos.

En segundo lugar, tradicionalmente se afirmó que el *deber de colaboración* emerge del genérico deber de buena fe objetiva (arts. 9, 961) y que aparece tradicionalmente como una exigencia dirigida a quien tiene la calidad de acreedor, quien debe prestar este deber a los efectos de recibir el pago y no caer en la *mora creditoris*. De esta forma permite la liberación del deudor o se impide la agravación de su situación, por lo que temporalmente su rol también era muy acotado, pues se limitaba a operar en la oportunidad prevista para el pago o cumplimiento. La posición de Unidroit sobre el deber de colaboración es más completa<sup>11</sup> (art. 5.1.3). Como vimos, en los contratos de larga duración se acentúa el deber de colaboración, afirmando que al existir un contrato relacional, ambas partes deben colaborar para que su finalidad no se frustre y cada parte pueda cumplir adecuadamente con sus obligaciones, pues de tal cumplimiento derivarán ventajas no solo para el acreedor, sino también para la otra parte (“Win-Win”). Lo novedoso en la inclusión de este tipo de mecanismos cooperativos entre las partes es que no esperan a que un administrador de justicia se apiade de la parte que se ve afectada por un desequilibrio contractual, aplicando teorías como la de la imprevisión, sino que contractualmente facilita la obtención de acuerdos entre las partes para equilibrar las prestaciones (ej. adecuación a través de negociaciones directas o arbitraje<sup>12</sup>).

En tercer lugar, en esta categoría se prescribe que la parte que decide la rescisión

---

10 ARIAS CÁU, Esteban J., “La locación como contrato de consumo”, en MOEREMANS, Daniel E., *Régimen de alquileres. Con las modificaciones de la ley 27.551 y DNU 320/20*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2021, pág. 327

11 Principios de Unidroit, art. 5.1.3: “Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”.

12 Cfr., “XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Mendoza, 2022. Bloque 4 - Contratos Especiales: Despacho N° 13. “En los contratos de larga duración la adecuación contractual es un elemento esencial para obtener flexibilidad y perdurabilidad en el tiempo”.

debe dar a la otra parte la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos. Adelantamos que este artículo ha dado motivos a una rica discusión por la doctrina, especialmente, con respecto a si existe una obligación legal de renegociar antes de extinguir el contrato. Así, algunos autores mencionan que es tan rica la regulación que debiera ser derogada, pues choca con la libertad de contratación (art. 958)<sup>13</sup>; otros, en cambio, han tratado de interpretar en qué casos resulta aplicable lo reglado, considerando que se aplica solamente a la rescisión causada<sup>14</sup> por incumplimiento de una de las partes, no así a los restantes supuestos de rescisión. Finalmente, se ha reconocido que se trata de una verdadera obligación legal de renegociación<sup>15</sup>.

#### IV. Rescisión y deber de negociación

##### IV.1- Generalidades

Teniendo en cuenta que el contrato de larga duración es una categoría transversal en el universo contractual, esto es, que puede abarcar contratos típicos, atípicos o bien una yuxtaposición de ambos, y que tienen como elemento común la existencia de un tiempo más o menos prolongado de ejecución, su complejidad, con la posibilidad de variaciones del proyecto original, necesariamente se requiere un más amplio deber de colaboración entre las partes.

##### IV.2- Crítica

Pues bien, en este sentido la regulación legal (art. 1011) es incompleta, por cuanto si bien menciona la esencialidad del tiempo (primer párrafo), la existencia de un deber de colaboración (segundo párrafo) y una necesidad de renegociación en caso de rescisión unilateral (tercer párrafo), constituye en el primer caso una característica o rasgo esencial de esta categoría contractual; en el segundo, una obligación particular y de naturaleza específica con fundamento en la buena fe (art. 9, 961); y, finalmente, en el último párrafo un efecto aplicable a esta categoría pero sin brindar mayores especificaciones y con una omisión evidente (ej. no incluye el preaviso), debemos concluir que no surge de la misma una distinción clara entre contrato de duración, aunque larga, de los contratos de larga duración propiamente dichos (o *Long term contracts* o *Dauerschuldverhältnis*), situación que estaría fundada en la complejidad del negocio a que se aplica.

Es por ello que a nuestro entender resulta más precisa la definición brindada en el art. 11.1. de los Principios de *Unidroit* de 2016 que prescriben que “contrato de larga duración es un contrato cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo y que suele involucrar, en mayor o menor medida, una operación compleja y una relación continuada entre las partes”.

En los comentarios se precisa que son tres los rasgos que los distinguen de los contratos ordinarios de intercambio de bienes y servicios: “la duración del contrato, una relación continuada entre las partes y la complejidad de la operación”.

13 Basta ver SERRANO REDONNET, Diego, “El Contrato de larga Duración en el nuevo Código Civil y Comercial”, publicado en Eldial.com

14 Conf., SANCHEZ HERRERO, Andrés, *Contratos. Parte general*, 1ª edición, La ley, Buenos Aires, 2021, pág. 747: “porque implicaría requerirle al rescidente una justa causa para apartarse de una relación contractual, lo que contradice su derecho a abandonarla de manera incausada, que tiene raigambre constitucional”.

15 VINTI, Ángela M., “Objeto de los contratos”, en TINTI, Guillermo P. (dir.), *Los contratos en el Código Civil y Comercial*, 1ª edición, Zavalia, Buenos Aires, 2016, pág. 240.

### IV.3- Derecho comparado. Posibilidad de renegociación

En el derecho comparado, los autores que trabajaron en la reforma de los principios Uniformes de *Unidroit* del año 2016, trataron de incorporar como exclusión al deber de renegociación el principio del "*compelling case*", es decir que no es aplicable en el caso de rescisión causada, y que se limita a los casos de rescisión unilateral incausada. Pero, al no existir acuerdo sobre el tema, esta causal no se incorporó.

En el derecho alemán el § 314 párrafo segundo párrafo prescribe que en las relaciones obligatorias de larga duración en caso de incumplimiento esencial, para que sea procedente la rescisión se debe intimar el cumplimiento sin resultado positivo o reclamar judicialmente (*Abhilfeverlangen*)

### IV.4- Nuestra opinión

Nosotros consideramos que se debe distinguir entre contratos con término de vigencia de los contratos de plazo indefinido. En el primer supuesto, el deber de renegociar no comprende el supuesto de extinción del contrato por vencimiento del plazo o cumplimiento del término o por cumplimiento de la finalidad del mismo. Antes del término, solo se podrá rescindir en los casos previstos contractualmente o cuando la ley lo permita, siguiendo el procedimiento previsto en el CCCN (por ej. resolución por cláusula expresa o implícita).

En el segundo supuesto, se trate de un contrato sin plazo o de plazo indeterminado, desde el precedente "Automotores Saavedra"<sup>16</sup> se reconoció el derecho a rescindir el contrato, manifestando que se debe preavisar por un plazo razonable para que la rescisión no sea abusiva. En las hipótesis de rescisión causada, no se aplicará lo mencionado anteriormente, es decir no es exigible a nuestro entender ninguna renegociación, bastando para la extinción la constitución previa en mora (si la misma no fuera automática) y que el incumplimiento sea esencial. En los demás supuestos surgiría un deber de dar la oportunidad de que se renegocie la continuación, sin que ello implique efectivamente que se asegure el resultado, pues pese a una renegociación que debe ser de buena fe, puede la parte ratificar su voluntad de rescindir, sin que por ello se genere responsabilidad en virtud del derecho a la libre contratación (art. 958 del CCCN).

## V. Conclusiones

### V.1- De lege lata

1. La dinámica negocial ha generado, entre otras, una categoría contractual nueva, compleja y transversal, que se caracteriza por su extensión temporal, la complejidad del negocio y que obliga a las partes, en la fase de desenvolvimiento o ejecución, a que se requiera de una sucesiva adaptación, que viene impuesta por la naturaleza de su propio despliegue y repercusión con más los cambios ocurridos en razón de nuevas circunstancias<sup>17</sup>.

2. El legislador al disponer una sola regla jurídica (art. 1011) en la parte general de los contratos y luego una regulación específica de aquellas figuras contractuales

16 CSJN, 4/08/1998 "Automóviles Saavedra S.A. c. Fiat Argentina S.A.," ED, 133-118.

17 Véase, MORELLO, Augusto M., "Los contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente", LL 1989-C, 1227, cita TR LALEY AR/DOC/842672001.

más utilizadas en la práctica comercial (ej. suministro, agencia, franquicia), ha sido correcta porque no parece prudente desarrollar todavía una compleja regulación de este tema novedoso y controvertido, lo cual debe ser dejado a la doctrina. Sin embargo, hay que tener cuidado de no introducir ambigüedades en las normas (ej. la incompleta previsión del tema de la rescisión) a los efectos que la misma no genere incertidumbres y desconfianza, que es precisamente lo que se quiere evitar al recibir esta nueva categoría contractual.

3. En los contratos de larga duración, tal como lo afirma el art. 1011 del CCCN, el tiempo es esencial para la configuración del contrato. Sin embargo, puede haber contratos de duración, aunque sea larga, pero sin que queden comprendidos en la categoría. Así, por ejemplo, un contrato de locación inmobiliaria habitacional de consumo y de otros destinos se puede pactar por 20 o 50 años de duración, respectivamente (art. 1197, CCCN), pero la extensión temporal por sí misma no los convierte *per se* en contratos de larga duración. Para ello es necesario agregar el carácter complejo del negocio que hace que no sea posible prever de antemano todas las cláusulas del contrato o las contingencias del mismo, lo que produce la necesidad de cooperación entre las partes como específico deber de buena fe.

4. El deber de colaboración, de interpretación flexible y de reciprocidad de las prestaciones debe ser ejercido dentro del marco de la buena fe (arts. 9, 961 CCCN) y será habitual en los contratos de empresa. La solución de los conflictos se gestionará a través de la negociación o el arbitraje. Lo novedoso en la inclusión de este tipo de mecanismos cooperativos entre las partes es que no esperan a que un administrador de justicia se apiade de la parte que se ve afectada por un desequilibrio contractual.

## V.2- De lege lata

1. A nuestro entender resulta más precisa la definición brindada en el art. 11.1. de los Principios de *Unidroit* de 2016 que prescriben que “contrato de larga duración es un contrato cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo y que suele involucrar, en mayor o menor medida, una operación compleja y una relación continuada entre las partes”.

2. Sería recomendable la incorporación de una regulación general de la rescisión de los contratos de larga duración, mediante el preaviso y sus requisitos de procedencia.

---

## Referencias Bibliográficas

- ARIAS CÁU, Esteban J., “La locación como contrato de consumo”, en MOEREMANS, Daniel E., Régimen de alquileres. Con las modificaciones de la ley 27.551 y DNU 320/20, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2021, pág. 327.
- BRANTT ZUMARÁN, María, Graciela “La colaboración de las partes en los contratos de larga duración”, en Estudios de Derecho Civil XV, publicación de la XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Chile, Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibañez, (De bonis Editor), Edit. Thomson Reuters, 2020, pág. 561 y ss.
- CSJN, 4/08/1998 “Automóviles Saavedra S.A. c. Fiat Argentina S.A.”, ED, 133-118.

- FRYDLINGER, HART Y VITASEK, "Un nuevo enfoque de los contratos", Harvard Business Review, Septiembre/Octubre 2019.
- FUSTRER, Gonzalo, B, "La terminación unilateral en los contratos de larga duración en la cuarta edición de los principios UNIDROIT sobre CCI de 2016", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 159, Septiembre-Diciembre 2020, págs. 1235-1268.
- GABRIELLI, Enrico. "Contratos de larga duración", LL Online AR/DOC/2531/2017.
- MACNEIL, Ian R., Relational Contract: What we do and do not Know, Harvard Law Rev., 1985, pág. 483 y ss.
- MORELLO, Augusto M., "Los contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente", LL 1989-C-1227.
- MORELLO, Augusto M., "Los contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente", LL 1989-C, 1227, cita TR LALEY AR/DOC/842672001.
- SANCHEZ HERRERO, Andrés, Contratos. Parte general, 1ª edición, La ley, Buenos Aires, 2021.
- SERRANO REDONNET, Diego, "El Contrato de larga Duración en el nuevo Código Civil y Comercial", publicado en Eldial.com.
- "XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Mendoza, 2022. Bloque 4 - Contratos Especiales: Despacho N° 13.
- VINTI, Ángela M., "Objeto de los contratos", en TINTI, Guillermo P. (dir.), Los contratos en el Código Civil y Comercial, 1ª edición, Zavalía, Buenos Aires, 2016.



# ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN MATERIA DE DERECHO REAL DE SUPERFICIE

---

## SOME CONTROVERSIAL ISSUES IN THE LAW OF SURFACE RIGHTS

---

**Nelson G.A. Cossari<sup>1</sup> Leandro R.N. Cossari<sup>2</sup>**

---

### RESUMEN:

Los autores tratan algunos de los puntos controvertidos del derecho de superficie en la doctrina autorial, tema que se agrava al no existir todavía pronunciamientos jurisprudenciales sobre estos tópicos. Asimismo dan su opinión sobre tales temas y sugieren las reformas que consideran necesarias para que el derecho real de superficie adquiera mayor vitalidad.

### ABSTRACT

The authors address some of the controversial points of surface rights in the doctrinal literature, a matter that is compounded by the lack of judicial rulings on these topics. They also provide their opinions on these issues and suggest the reforms they deem necessary for the real right of surface to gain greater vitality

**PALABRAS CLAVE:** Superficie – Duración- Cómputo del plazo- Renovación del plazo- Superficie sobre bienes del Estado- Superficie sobre Propiedad Horizontal común - Superficie sobre Propiedad Horizontal especial- Posibilidad de constitución por testamento.

---

**KEY WORDS:** Surface rights – Duration – Calculation of the term – Renewal of the term – Surface rights on State property – Surface rights on common horizontal property – Surface rights on special horizontal property – Possibility of establishment by will.

### I. Introducción

El presente trabajo es, sin más, la ponencia que presentamos en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la cual la Comisión n° 6 Derechos Reales, trató el Derecho

---

1 Abogado egresado con diploma de honor (UCA), Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UCA), Profesor Titular Ordinario Derechos Reales (UCA), Director de la Carrera de Abogacía y posgrados (UCA), Exdecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UCA) 2012- 2018; Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Diciembre 2024)

2 Abogado egresado con diploma de honor (UCA), Abogado especialista en Magistratura (UCA), Profesor Adjunto Derechos Reales (UCA, UCEL), Profesor Adjunto Ética Profesional y Social (UCA), Docente Derecho Civil IV (UNR)

Real de Superficie. En futuros trabajos abordaremos la relación de la misma con las conclusiones que arrojaron las Jornadas.

## II. Fundamentos

### A. Cuestiones acerca del plazo

#### 1. Punto de inicio

El art. 2117 CCCN establece que el plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie.

Si bien se ha opinado que tomar la fecha del título como inicio es mucho más preciso<sup>3</sup>, lo cierto es que el art. 2117 CCCN, establece que el plazo debe ser contado desde la adquisición del derecho de superficie, por ende, desde que concurrió título y modo<sup>4</sup>. En sentido similar se han expedido Mariani de Vidal y Abella, quienes agregan la necesidad de la inscripción registral para la oponibilidad a terceros interesados de buena fe<sup>5</sup>. Ahora bien, respecto a terceros es postulable a fin de dar certeza que se cuente desde la fecha que indica el título, directiva que solo cedería ante la prueba indudable que el tercero conoció o debía conocer que la entrega del inmueble —a los fines de la superficie— se hizo en un momento diverso<sup>6</sup>. Tal conclusión tiene también el apoyo del art. 1914 CCCN<sup>7</sup> que presume que la posesión comienza en la fecha del título.<sup>8</sup>

A todo efecto, es siempre recomendable que las partes contratantes —sin superar los plazos máximos— coloquen en el título la fecha exacta de vencimiento del derecho de superficie, siendo además conveniente que ello también cuente con reflejo registral.

#### 2. Renovación

El Código establece que “el plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos”.

Nosotros entendemos que tal cláusula se limita en su interpretación a la renovación automática del plazo. No vemos obstáculo a que las partes acuerden su renovación; bien entendida que nunca el derecho real podrá tener un horizonte mayor del legal desde el acuerdo en tal sentido<sup>9</sup>. Éstas podrían pactar la renovación del derecho de superficie, aun excediendo el total de los años, y aun antes del vencimiento del plazo,

3 ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, Ed, La Ley, Buenos Aires, 2018, T° II, p. 580

4 En el mismo sentido: KIPER, Claudio, *Tratado de Derecho Civil*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, T° II, p. 28

5 MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2016-A, 1117, AR/DOC/507/2016.

6 COSSARI, Nelson G. A., “Derecho real de superficie forestal. Necesidad de reformas”, ED, 204 887.

7 ARTICULO 1914.- Presunción de fecha y extensión. Si media título se presume que la relación de poder comienza desde la fecha del título y tiene la extensión que en él se indica.

8 ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, Ed, La Ley, Buenos Aires, 2018, T° II, p. 580; VÁZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales*, La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 666

9 Ya hemos vertido esa opinión en: COSSARI, Nelson G. A. y LUVERÁ, Miguel Ángel, “Derecho real de superficie forestal”, LLLitoral, 2002 690; en igual sentido: ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Derecho Civil. Tratado de los derechos reales*, 2ª edición, coeditado por La Ley y Ediar, Buenos Aires, T° VI, núm. 2515, pp. 483 y 484.

pero siempre cuidando que a partir de la renovación no haya por delante un plazo mayor al legal. Con ello queda suficientemente abastecido el propósito de la ley de evitar una derogación del principio de accesión por mayores términos, y siempre teniendo en cuenta que la prórroga no puede perjudicar a terceros que ostenten derechos que se consolidarían al extinguirse la superficie.

Concordantemente, se ha opinado que no existe óbice para convenir una renovación del plazo, que se computará desde la renovación, aunque supere los años máximos fijados en el artículo<sup>10</sup>.

En sentido contrario se han manifestado Mariani de Vidal y Abella<sup>11</sup>, y también De Rosa y Torres Lastra<sup>12</sup>. No queda clara la opinión de Iturbide quien luego de afirmar que “El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos, contados a partir de la constitución originaria e incluida la renovación”, con lo cual parecería adscribirse a la posición de Mariani de Vidal y Abella, luego prosigue escribiendo que de “lo contrario la posibilidad de renovación puede llegar a convertirse en una cláusula de estilo en el contrato originario”, con lo cual podría interpretarse que su parecer se limita a una cláusula de prórroga pactada *ab initio* y que depende de la voluntad de una sola de las partes imposibilidad, en tal caso, con la que coincidimos<sup>13</sup>. Tampoco parece clara la postura de Molina Sandoval que parece exigir para posibilitar la renovación que venza el plazo originario, si bien razona acertadamente que el propósito de la norma es “evitar es que el propietario desmembre de una vez y desde el origen su dominio sine die, sin posibilidad de reflexionar acerca de la continuidad de ese estado, que prácticamente lo privaría del dominio en su contenido útil”<sup>14</sup>. Nótese que la solución que propugnamos en el texto permite que esta reflexión se haga adecuadamente cada vez que se renueva el plazo, aun cuando ello se haga sin que todavía se encuentre vencido el término original.

## **B. Constitución de superficie sobre bienes de dominio público.**

Al mencionar la norma del art. 2118 CCCN “dominio” a secas puede concluirse que puede tratarse del derecho de dominio de particulares, o siendo del Estado, de su dominio privado.

Las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil propugnaron *de lege ferenda* que “el derecho de superficie puede tener por objeto los inmuebles de los particulares y del Estado. Estos últimos podrán ser objeto de reglamentación especial”.

Para nosotros, el Código no se ocupa del derecho de superficie sobre bienes del dominio público. Ello dado que la disciplina de estos últimos se rige por el derecho administrativo, entrando ordinariamente dentro del esquema de la concesión.

10 En el mismo sentido: ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, Tº II, p. 584, 585; VÁZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales, La Ley*, Buenos Aires, 2020, p. VÁZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales, La Ley*, Buenos Aires, 2020, p. 668

11 MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2016-A, 1117, AR/DOC/507/2016.

12 DE ROSA, Carlos A. y TORRES LASTRA, María Eugenia, “El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas” LA LEY 2024-B, 3

13 ITURBIDE, Gabriela A., “El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 3/6/2016, p. 1, AR/DOC/384/2016

14 MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios” AR/DOC/780/2017.

Ello no obsta a que —cumpliendo con las normas administrativas correspondientes— se constituya un derecho real administrativo a la manera del derecho de superficie regulado por el derecho privado. En tal sentido, el Código de Portugal en su art. 1527 establece una regla que nos parece acertada, legislando que “el derecho de superficie constituido por el Estado o por personas colectivas públicas en terrenos de su dominio público queda sujeto a legislación especial y subsidiariamente, a las disposiciones de este código”.

En diferente sentido De la Riva postula la derecha aplicación del derecho de superficie a los bienes del dominio público del Estado entendiendo además que su constitución no configura un acto de disposición. Este autor sienta dos conclusiones que entendemos importantes la primera que “el derecho de explotación derivado de la concesión de uso de bienes del dominio público constituye un auténtico derecho real administrativo, lo cual supone reconocer que el concesionario titulariza un derecho de naturaleza real (no personal) y como tal oponible erga omnes (también frente al Estado concedente), aunque sujeto al mismo tiempo a una serie de prerrogativas públicas (entre ellas, la potestad revocatoria), en razón de su origen administrativo” Lo cual puede ser cierto si es que se acepta esta categoría dentro del derecho administrativo, y la concesión está regulada a la manera de un derecho real. La segunda que si se recepta “como válida la tesis mayoritaria, que considera que el dominio público comporta una modalidad pública del derecho de propiedad, cabría entender que el artículo 2118 arriba mencionado habilita a la constitución de derechos reales de superficie sobre bienes del dominio público”<sup>15</sup>. Con esto último disentimos y además no vemos práctico, incluso por implicancias de ética pública, sustraer en esta materia al dominio público de las reglas del derecho de administrativo.

Sin embargo debe tenerse presente, como bien se ha traído a colación<sup>16</sup>, que el art. 9 inc. g de la ley 27.328 que regula los “Contratos de Participación Público – Privada” establece “los aportes que la contratante se comprometa a efectuar durante la vigencia del contrato, que podrán consistir, entre otros, (...) en la constitución de derechos de superficie sobre bienes del dominio público y/o privado, (...) y/o la concesión de derechos de uso y/o de explotación de bienes del dominio público y/o privado, y cualquier otro tipo de concesión u otros aportes susceptibles de ser realizados por el Estado nacional” De la Riva, en el artículo ya citado, escrito con anterioridad a la sanción de la referida ley expresa que “la gran ventaja que proporciona el derecho de superficie respecto de la clásica concesión de uso de bienes públicos reside, precisamente, en el desdoblamiento que permite entre el dominio del inmueble, por un lado, y la titularidad sobre lo construido en él, por otro, dando cabida así a que el superficiario pueda ejercer un auténtico (si bien temporario) derecho real de propiedad sobre esas construcciones, dotado de una autonomía plena que lo libera de los condicionamientos del régimen demanial<sup>17</sup> que gobierna al inmueble subyacente.”<sup>18</sup>

De todas maneras entendemos que la posibilidad de superficie sobre bienes del dominio público se da solo dentro del marco de la específica ley que así lo contempla.

15 DE LA RIVA, Ignacio M., “Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?”, LA LEY, 2016-B, 723, AR/DOC/416/2016,

16 DE ROSA, Carlos A. y TORRES LASTRA, María Eugenia, “El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas” LA LEY2024-B, 3

17 <https://dpej.rae.es/lema/demanial> Demanial: De titularidad pública, sometido a un régimen especial de utilización y protección

18 DE LA RIVA, Ignacio M., “Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?”, LA LEY, 2016-B, 723, AR/DOC/416/2016,

### C. Posibilidad de constitución de superficie por parte del titular de una unidad funcional en propiedad horizontal

¿Tiene el titular de una unidad en derecho real de propiedad horizontal la posibilidad de constituir derecho real de superficie sobre la misma? Creemos que se impone la respuesta positiva. No solo surge del art. 2116 CCCN que marca que el derecho de superficie puede constituirse “sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal” sino que también menciona expresamente el art. 2118 CCCN a “los titulares de los derechos reales de (...) propiedad horizontal” y no puede deducirse que solo esté refiriéndose al conjunto de todos los propietarios de unidades, sino claramente al titular individual de una unidad funcional.

Ahora bien, cabe distinguir entre los dos aspectos del derecho real de superficie.

Veamos entonces si puede constituirse el derecho real de superficie sobre la propiedad separada en forma directa, y si también puede hacerse como derecho a edificar, plantar o forestar; lo que para simplificar llamaremos “derecho a plasmar la propiedad superficiaria”.

#### 1. Propiedad horizontal común

Nos referimos a la regulada en el Título V del Libro Cuarto del Código

##### a) Superficie sobre unidad funcional.

Aquí ya tenemos construida la unidad en propiedad horizontal. Por ejemplo, un departamento.

Consideramos que es posible constituir superficie dado que, como dijimos, nuestro derecho habilita la superficie directamente sobre un inmueble ya construido, y al titular del derecho real de propiedad horizontal a constituir superficie (art. 2118 CCCN).<sup>19</sup>

La superficie gravaría a la unidad funcional en la extensión del art. 2039 CCCN.

Mariani de Vidal y Abella han opinado que es posible, pero de “muy difícil aplicación y concreción práctica”<sup>20</sup>

Algunos autores fijan su objeción en el suelo. Así Pepe y Mendizábal se interrogan: ¿cuál sería el “suelo” de propiedad del *dominus soli*? ¿El de la unidad funcional? ¿El terreno? Por otra parte, ¿qué vínculo tendría el superficiario con relación a las partes comunes del edificio?<sup>21</sup>

En forma similar Gabás lo considera de imposible concreción por no extenderse el

19 En sentido concordante MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios” AR/DOC/780/2017

20 MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana N, *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, T I, p. 375. En el mismo sentido: PEPE, Marcelo Antonio, MENDIZÁBAL, Gonzalo Alejo “El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación” LA LEY 25/10/2016; FOSSACECA, Carlos A., LAMANNA GUINAZU, Emiliano y MOREYRA, Pilar, “El derecho real de superficie: reseña normativa y análisis” El Derecho - Diario, Tomo 306, Cita Digital: ED-V-DLXXXIII-982

21 PEPE, Marcelo Antonio, MENDIZÁBAL, Gonzalo Alejo “El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación” LA LEY 25/10/2016.

derecho del dueño de la unidad funcional al terreno<sup>22</sup>.

Nosotros no creemos que el tema guarde tanta complejidad como se predica y tampoco que no sea de posible puesta en práctica.

La unidad funcional de la que se desdobló la superficie separada guardará los vínculos propios de ella (arg. art. 2037 último párrafo CCCN; art. 2039 último párrafo CCCN) y es posible la constitución de superficie a mérito del art. 2118 ya citado y del art. 2045. Esta última norma habilita al titular del derecho real de propiedad horizontal a constituir derechos reales y personales, llevando ínsita las partes comunes, sin que ello signifique de manera alguna que el superficiario tenga más derecho sobre estas que los que tiene el propietario de la unidad funcional, dado que el suelo seguirá perteneciendo en una parte alícuota al titular del derecho real de propiedad horizontal, aunque gravado con superficie.

Creemos que tampoco se confunde con un dominio revocable a secas, como entiende Gabás que ocurriría<sup>23</sup>, dado que si bien en esencia puede considerarse la propiedad superficiaria como un dominio revocable -en nuestro caso un derecho real de propiedad horizontal revocable-; conforme el art. 2128 CCCN la misma “queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título” con lo cual el régimen será distinto y no se identifican.

¿Tiene sentido recurrir a la superficie en cambio de, por ejemplo, al usufructo?

El derecho que se concede en la superficie tiene a primera vista similitudes con el usufructo, pero su contenido es mucho más vasto dado que, como dijimos, el derecho sobre la propiedad separada podrá ser ejercida en toda su extensión dentro de los límites del derecho de superficie, y -claro está- del reglamento de propiedad horizontal que obligará también al superficiario. Pero además, las facultades que se conceden al superficiario son más amplias, por ejemplo, podría hipotecar la propiedad superficiaria (art. 2120 CCCN), cosa que no puede hacer el usufructuario<sup>24</sup>. La superficie se transmitirá a los herederos de su titular (art. 2119 CCCN), los plazos máximos de constitución (art. 2117 CCCN) hacen verosímil que excedan la vida del titular si es persona física y tiene cierta edad, y al no pender sobre este derecho real la causal de extinción por muerte (art. 2152 inc. a) CCCN), brinda una mayor seguridad.<sup>25</sup>

### **b) Derecho a plasmar la propiedad superficiaria.**

Dadas las peculiaridades propias de la propiedad horizontal, es poco pensable un derecho de superficie sobre una unidad en la propiedad horizontal clásica en esta variante. Además, si la unidad no se encuentra construida verosímilmente no existe derecho de propiedad horizontal.

22 GABÁS, Alberto A., "Derechos de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal", *LA LEY*, 2013-F, 1050

23 GABÁS, Alberto A., "Derechos de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal", *LA LEY*, 2013-F, 1050

24 Dictamen de mayoría de la Comisión nº 5 de Derechos Reales, Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca (2015), punto 3, apartado A, de *lege lata*: En razón de lo dispuesto por los artículos 2142 y 2206 del CCyC, el usufructuario carece de la facultad de constituir hipoteca.

25 Ver al respecto: MOLINA SANDOVAL, Carlos A. "El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios" AR/DOC/780/2017.

Quizás es más fácil imaginar esta posibilidad sobre edificios de una sola planta, acerca de la reconstrucción. Así si esta fuera impuesta por las circunstancias. Por ejemplo, supongamos una unidad que se ha sido objeto de un derrumbe parcial o total y literalmente ha desaparecido sin afectar a las otras unidades. En tal caso parece que nada puede objetarse a su reconstrucción siempre que se respeten los límites del reglamento y planos originales en cuanto a volumen edificado y otras circunstancias que puedan afectar al resto de los consorcistas. Podría en este acaso acordarse el derecho a erigir la propiedad superficiaria. Nos estamos refiriendo a un derecho de superficie impuesto luego del evento dado que si el mismo hubiera sido constituido con anterioridad estaríamos dentro de la facultad de reconstrucción del art. 2122 CCCN.

## 2. Propiedad horizontal especial.

Aquí nos referimos a los conjuntos inmobiliarios contemplados en el Libro Cuarto, Título VI, Capítulo 1, en tanto y en cuanto se encuadren en el art. 2075 segunda parte CCCN.

En este supuesto no hace falta distinguir en sus dos vertientes el derecho real de superficie. Basta decir que, al ser una propiedad horizontal especial, conforme reza el art. 2075 CCCN, no existe inconveniente en conferir el derecho de superficie en sus dos variantes sobre la unidad funcional,<sup>26</sup> es decir tener el derecho a plasmar la propiedad superficiaria y hacer propio lo hecho o bien adquirir lo ya existente en superficie.

Podría no ser inusual que el titular otorgue la facultad de construir al superficiario y hacer suyo lo realizado o que enajene en superficie lo edificado separado del suelo.

Más aun aquí puede sin demasiado esfuerzo pensarse en la superficie sobre forestaciones o plantaciones. Así v.gr. se ha puesto el ejemplo de un conjunto inmobiliario sobre un complejo de granjas que gravaren su unidad funcional con superficie agraria, si ello no contraría el destino o las previsiones del reglamento<sup>27</sup>.

## D. Constitución de superficie por acto de última voluntad

El art. 2119 CCCN señala que el derecho de superficie "puede ser transmitido (...) por causa de muerte". Ante ello Kiper entiende que la superficie puede ser constituida por testamento<sup>28</sup>. Sin embargo, nos parece que la norma apunta solo a la transmisibilidad por sucesión universal y no forzosamente a la constitución por testamento<sup>29</sup>. No obstante, pensamos que es posible la constitución de superficie por testamento. No tiene sentido que el testador, mientras no afecte la legítima, no pueda testar en favor de alguien un derecho de superficie y de otro el dominio. Propugnamos pues que este modo se acepte por aplicación de los principios generales<sup>30</sup>. Sin embargo es conveniente contemplar expresamente la posibilidad de constitución de derecho de superficie por acto de última voluntad.

26 En el mismo sentido: MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana N, *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, T I, p. 375  
27 ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, T° II, Ed, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 586

28 KIPER, Claudio, *Tratado de Derecho Civil*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, T° II, p. 35.

29 En sentido similar: MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, Zavalía, Buenos Aires, 2016, T° 1, p. 378.

30 En el mismo sentido: ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, Ed, La Ley, Buenos Aires, 2018, T° II, p. 588, 589; VÁZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales*, La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 674, 675.

### E. Prescripción adquisitiva

El art. 2119 CCCN dice enfáticamente que la superficie “no puede adquirirse por usucapión”. Para enseguida decir que “la prescripción breve es admisible”, y con ánimo docente agregar, que ello es “a los efectos del saneamiento del justo título”.

En definitiva se admite la usucapión corta y no la larga.

El tema en abstracto es discutido en teoría.

Para Messineo es irrealizable la adquisición por usucapión. Para ello sería necesaria una posesión del edificio separada de la posesión del suelo sobre el que se levanta; más bien se debe pensar, en tal caso, en una posesión que tienda a la usucapión de la propiedad en construcción y —al mismo tiempo— del suelo en lugar de la sola superficie. Concluye sosteniendo que el derecho se puede adquirir solamente a título derivativo<sup>31</sup>.

La doctrina más moderna, en cambio, admite la posibilidad. El que posee lo plantado a título de superficiario no ejercita sobre el suelo un derecho de propiedad sino de superficie y al cabo del término legal, adquirirá éste<sup>32</sup>.

La clave está, pues, en el *animus* del poseedor. Claro está que se aduce que será poco probable que alguien limite su *animus* solo a lo plantado, no pudiéndose realmente distinguir de los actos posesorios que los mismos estén encaminados únicamente a la superficie. Pero, sin dudas, es posible.

En cuanto al derecho a edificar, los autores dicen que no es posible la usucapión de la superficie en estado puro, es decir cuando todavía no existen construcciones, dado que ésta requiere obras visibles de actuación del derecho<sup>33</sup>.

Sin embargo, no son del todo impensables actos posesorios sobre el terreno ajeno encaminados al ejercicio del derecho a forestar como, por ejemplo, la realización de obras preparatorias para ello.

El Proyecto de 1998 resolvía el problema teórico estableciendo la no usucapibilidad del derecho de construir o forestar al establecer que el mismo solo se adquiere por adquisición derivada (art. 2026), por lo que siendo la usucapión un modo originario de adquisición el mismo queda excluido<sup>34</sup>. Cuando la posesión se ejerza sobre la propiedad separada la usucapión era concebible por las normas generales.

Nos resulta criticable la solución legal que dejará sin respuestas a casos donde parecería justo dejar jugar también la usucapión larga.

Jorge H. Alterini también ha criticado la exclusión de la posibilidad de la usucapión

31 MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Ejea, Buenos Aires, 1971, Tº III (*Manuale de diritto civile e commerciale*, traducción de Santiago Sentís Melendo, 8ª edición, en parte rehecha, Vol. 2, primera parte, Giuffrè, Milano, 1952), p. 421.

32 BIANCA, Massimo C., *Diritto civile. La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999, Tº 6, p. 557.

33 BIANCA, Massimo C., *Diritto civile. La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999, Tº 6, p. 536.

34 ANDORNO, Luis O., “El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, septiembre 2000, p. 33

larga en esta figura. Dice el citado autor: “No creo en que sea acertado el art. 2119 que fija la regla de que la superficie ‘no puede adquirirse por usucapión’, pese a que se la admite para la prescripción adquisitiva corta. Al tratar de salvar la ausencia de un texto que precise cuáles son los derechos reales adquiribles por usucapión, creí encontrar una forzada solución en el art. 1897 (...) para inferir que eran usucapibles todos los derechos reales que se ejercen por la posesión. No existe fundamento decisivo alguno para excluir de esa adquisición a la superficie, en tanto deberá entenderse que la prescripción adquisitiva le es aplicable, además de al dominio, al condominio, a la propiedad horizontal y hasta al usufructo, al uso, a la habitación y a las servidumbres. La aceptación de la usucapión en esos casos es disonante con su exclusión para la superficie, máxime dado su esencial paralelismo con figuras para las que debe entenderse que se la admite”<sup>35</sup>.

Coincidimos con la crítica. No se ve por qué se excluye la usucapión larga de las posibilidades de adquisición del derecho de superficie. Si puede parecer impensado que alguien posea un inmueble por el plazo de veinte años solo con ánimo de adquirir el derecho real de superficie<sup>36</sup> y no el dominio, piénsese en aquel que está detentando el inmueble en la creencia de ser propietario pero carece de justo título y tiene por ejemplo solo un título putativo, o le falla la buena fe requerida para la prescripción decenal porque no realizó un adecuado estudio de títulos. En estos casos la utilidad de admitir la prescripción veintañal es incuestionable<sup>37</sup>. Añádase que se produce una injustificada diferencia de trato respecto a los otros derechos reales de goce sobre cosa ajena, todo lo cual lleva a pensar que la solución para la superficie fue escrita a la luz de ciertas opiniones doctrinarias teóricas, pero desentendiéndose del sistema del resto del código en materia de prescripción adquisitiva.

### III. Conclusiones

*De lege data* puede concluirse que:

1. Salvo prueba en contrario de que el tercero interesado conoció o debía conocer una fecha distinta del acto de tradición, el punto de arranque del plazo de la superficie está dado por la fecha que se indica en el título (art. 1914 CCCN)
2. El límite a la prórroga de los plazos máximos establecidos en el art. 2117 CCCN (último párrafo), se refiere a las renovaciones automáticas del plazo y no a las que las partes puedan pactar libremente y que no excedan del plazo máximo desde el momento de ese nuevo convenio y que no afecten a los derechos de terceros interesados.
3. No es posible la constitución de superficie sobre bienes de dominio público salvo dentro del marco de una ley que lo autorice expresamente (v. gr. ley 27.328)
4. El titular del derecho real de propiedad horizontal sobre una unidad funcional, sea

35 ALTERINI, Jorge H., “Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código”, LA LEY, 2012-E, 898.

36 Así opina Kiper que será raro que se quiera adquirir por prescripción veintañal el derecho de superficie cuando se puede adquirir el dominio (KIPER, Claudio, *Tratado de Derecho Civil*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, Tº II, p. 35).

37 Conforme con nuestra crítica y argumento: GUARDIOLA, Juan José, “La usucapión en el nuevo Código”, RCCyC 2016 (marzo), 7/3/2016, p. 19, AR/DOC/566/2016.

que se trate de propiedad horizontal común o propiedad horizontal especial, está legitimado a constituir derecho real de superficie.

5. Es posible la constitución de derecho real de superficie por acto de última voluntad.

#### De *lege ferenda*

1. Conforme lo ya resuelto por las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UNL) de 2019 debe admitirse expresamente la prescripción adquisitiva larga para la adquisición de la propiedad superficiaria.

2. A fin de evitar interpretaciones contradictorias debe aclararse el art. 2117 CCCN último párrafo en el sentido expuesto en el punto 2 de nuestras conclusiones de *lege data*.

3. Es conveniente contemplar expresamente la posibilidad de constitución de derecho de superficie por acto de última voluntad.

---

#### Referencias Bibliográficas

- ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; Tratado de los Derechos Reales, Ed, La Ley, Buenos Aires, 2018, Tº II.
- ANDORNO, Luis O., "El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998", Revista del Colegio de Abogados de Rosario, septiembre 2000.
- BIANCA, Massimo C., Diritto civile. La proprietà, Giuffrè, Milano, 1999, Tº 6.
- COSSARI, Nelson G. A., "Derecho real de superficie forestal. Necesidad de reformas", ED, 204 887.
- DE LA RIVA, Ignacio M., "Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?", LA LEY, 2016-B, 723, AR/DOC/416/2016.
- DE ROSA, Carlos A. y TORRES LASTRA, María Eugenia, "El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas" LA LEY2024-B, 3.
- Comisión nº 5 de Derechos Reales, Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca (2015), DICTAMEN de mayoría, punto 3, apartado A, de lege lata: En razón de lo dispuesto por los artículos 2142 y 2206 del CCyC, el usufructuario carece de la facultad de constituir hipoteca.
- FOSSACECA, Carlos A., LAMANNA GUIÑAZU, Emiliano y MOREYRA, Pilar, "El derecho real de superficie: reseña normativa y análisis" El Derecho - Diario, Tomo 306, Cita Digital: ED-V-DLXXXIII-982.
- GABÁS, Alberto A., "Derechos de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal", LA LEY, 2013-F, 1050.
- GUARDIOLA, Juan José, "La usucapión en el nuevo Código", RCCyC 2016 (marzo), 7/3/2016, p. 19, AR/DOC/566/2016.
- ITURBIDE, Gabriela A., "El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", LA LEY, 3/6/2016, p. 1, AR/DOC/384/2016.
- KIPER, Claudio, Tratado de Derecho Civil, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, Tº II, p. 35.
- MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana N, Derechos Reales en el Código Civil y

Comercial, T I, p. 375.

- MESSINEO, Francesco, Manual de derecho civil y comercial, Ejea, Buenos Aires, 1971, T° III (Manuale de diritto civile e commerciale, traducción de Santiago Sentís Melendo, 8ª edición, en parte rehecha, Vol. 2, primera parte, Giuffré, Milano, 1952).
- PEPE, Marcelo Antonio, MENDIZÁBAL, Gonzalo Alejo "El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación" LA LEY 25/10/2016.
- VÁZQUEZ, Gabriela A. Derechos Reales, La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 666.



# REFUGIO EN LA EDAD: ATRIBUCIÓN DE VIVIENDA Y VULNERABILIDAD

## SHELTER IN OLD AGE: HOUSING ALLOCATION AND VULNERABILITY

Grecia A. Gómez Ramos<sup>1</sup> E. Salomé Nausneris Zavala<sup>2</sup>

### RESUMEN:

La protección de las personas mayores en situaciones de vulnerabilidad habitacional requiere una perspectiva integral y adaptativa. Los mecanismos judiciales deben considerar la edad avanzada y sus implicaciones para asegurar que el derecho a una vivienda digna y segura se mantenga intacto. La atribución vitalicia del uso de la vivienda puede ser una solución adecuada en casos de extrema vulnerabilidad, reflejando un compromiso genuino con los principios de justicia, igualdad y dignidad para todos los ciudadanos.

### ABSTRACT

The protection of the elderly in situations of housing vulnerability requires a comprehensive and adaptive perspective. Judicial mechanisms must consider advanced age and its implications to ensure that the right to decent and secure housing remains intact. The lifelong allocation of housing use can be an appropriate solution in cases of extreme vulnerability, reflecting a genuine commitment to the principles of justice, equality, and dignity for all citizens.

**PALABRAS CLAVE:** Vulnerabilidad habitacional, adulto mayor, atribución del uso de la vivienda, cónyuge, atribución vitalicia, derecho a la vivienda.

**KEY WORDS:** Housing vulnerability, elderly adult, allocation of housing use, spouse, lifelong allocation, right to housing.

### I. Introducción: Vivienda, más que un derecho temporal.

La atribución de la vivienda contemplada en el artículo 443 del Código Civil y Comercial (CCyC) permite conceder a uno de los cónyuges el derecho exclusivo de usar el inmueble en el que se desarrolló la vida familiar durante el matrimonio. Para determinar quién se encuentra en mejores condiciones para recibir este derecho, la norma establece que el

<sup>1</sup> Abogada y Notaria (UCC). Especialista en Derecho de Familia (UCA). Miembro de la Sala de Familia, Sucesorio y Vulnerabilidades de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UCC). Jefa de Trabajos Prácticos en la materia Derecho de la Niñez, Violencia Familiar y de Género, de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UCC).

<sup>2</sup> Abogada (UNC). Especialista en Derecho de Familia (UNR). Asesora y Defensora Pública de Familia de la ciudad de Córdoba. Miembro de la Sala de Familia, Sucesorio y Vulnerabilidades de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UCC). Adscripta en la materia Privado VII (Familia), de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UCC).

juez debe considerar criterios objetivos relacionados con la vulnerabilidad o mayor necesidad del solicitante.

Este derecho es temporal, ya que implica una restricción al dominio del cónyuge a quien no se le atribuyó el uso. La justificación de esta medida radica en la solidaridad que debe prevalecer entre los miembros de la familia, pero no es un derecho vitalicio. El artículo 445 del CCyC establece las causas de cese de este derecho. Esto por cuanto aunque el objetivo es proteger al excónyuge más vulnerable –al afectar el derecho de propiedad del otro cónyuge– el derecho de uso es transitorio y su duración dependerá de las circunstancias específicas del caso. Así, el juez será quien deba evaluar la situación para determinar la duración que estime apropiada; pero si las circunstancias que justificaron la atribución persisten o empeoran, el beneficiario puede solicitar una ampliación del plazo por motivos fundados, y el juez puede concederla.

Estas disposiciones y soluciones resultan razonablemente aplicables en la mayoría de los casos. Sin embargo, dentro del vasto universo de posibilidades, existe un colectivo de situaciones en las que la fijación de un plazo de finalización de la atribución del uso de la vivienda no sería la solución más adecuada. Concretamente, nos referimos a los casos donde una o ambas partes son adultos mayores en condición de vulnerabilidad. En estos contextos, que requieren una perspectiva tutelar especial, la solución que mejor resguardaría al beneficiario del uso de la vivienda familiar sería la concesión de la atribución de manera vitalicia.

## II. La concepción de la vulnerabilidad

La palabra "vulnerabilidad" conserva una cierta vaguedad conceptual, lo que permite su uso y adaptación en diversas situaciones. Siguiendo a la jurista suiza Samantha Besson<sup>3</sup>, la vulnerabilidad es un concepto "potencial", refiriéndose a la posibilidad de ser herido; es decir, una amenaza efectiva sobre una persona o colectivo. Además, tiene un aspecto "objetivo", basado en la afectación o peligro concreto, y un aspecto "subjetivo", definido por la percepción de la situación particular de la persona. La vulnerabilidad es también "relacional", ya que un individuo puede ser víctima de una afectación debido a una amenaza por parte de otro (sea individual, colectivo, público o privado). Finalmente, la vulnerabilidad es tanto descriptiva de una situación como prescriptiva de un estatuto que requiere protección especial.

Por su parte, en las reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, se indica que *"se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico"*<sup>4</sup>.

3 BESSON, Samantha, "La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme, l'exemple de la jurisprudence de la Cour EDH", en Burgogue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par le juge en Europe (La vulnerabilidad según el juez en Europa)*, Pédone, Paris, 2014, ps. 59 y ss. Citado por FULCHIRON, Hugues, "Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables", en BASSET-FULCHIRON-LAFFERRIERE-BIDAÜ-GARON, *Tratado de la vulnerabilidad, La Ley*, CABA, 2017, ps. 4.

4 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD, Sección 2°. Beneficiarios de las Reglas. 1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad. Disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.justiciacordoba.gov.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/DDHH/100%20Reglas%20de%20Brasilia%20sobre%20Acceso%20a%20la%20Justicia.pdf>

En base a estos preceptos, se puede conceptualizar a la vulnerabilidad desde una dimensión subjetiva (ya sea individual o grupal), que en su necesaria interrelación con otros (alteridad relacional), se coloca en una situación de riesgo o peligro, que requiere del acompañamiento y fortalecimiento de los espacios jurídicos para garantizar efectivamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos<sup>5</sup>.

### III. La Vejez como Categoría Vulnerable

La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante, CIDHPM) define al “envejecimiento” como un proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio. Así, la vejez es entendida como una construcción social de la última etapa de la vida de una persona.

Por su parte, identifica como persona mayor a aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. En el mismo camino, define a la persona muy mayor a aquella que cuenta con 75 años o más. En ocasiones, personas muy mayores requieren de servicios especiales o no pueden realizar plenamente actividades de la vida diaria.

Así, la vejez por sí misma no implica necesariamente vulnerabilidad o fragilidad. Sin embargo, dentro del grupo de personas mayores, existen aquellas que son vulnerables o frágiles, condición que las hace susceptibles de especial protección. Factores como las condiciones de salud, la discapacidad, el origen social y el aislamiento serán relevantes para evaluar correctamente una situación. Por lo tanto, junto con la edad, serán las consecuencias del paso del tiempo en la vida de una persona las que determinarán su condición como vulnerable.

### IV. La vivienda como pilar de estabilidad en la vida de las personas mayores

El concepto “vivienda” puede apreciarse desde diversas perspectivas. Etimológicamente, la vivienda se refiere al espacio cerrado, cubierto y acondicionado para el desarrollo cotidiano de quien la mora, en el cual y hacia el cual se establecen vínculos afectivos; mientras que filosóficamente puede concebirse como la forma y el marco dentro del cual se despliegan las distintas posibilidades del ser y abarca entonces su desarrollo íntegro, en donde podemos distinguir en cada etapa de la vida humana una forma particular de vinculación con la vivienda, pues en la niñez es estrecha y nos viene dada; en la juventud se relaja pues se aspira a un sitio propio; y en la edad adulta, se convierte en sinónimo de propiedad dentro del cual se afirma entonces la identidad y autonomía del sujeto.

Desde una perspectiva jurídica y tomando como base la teoría trialista del mundo jurídico<sup>6</sup>, podemos concebir a la vivienda de una manera tridimensional: desde el ámbito material, simbólico y funcional. La dimensión material se refiere al espacio cerrado y cubierto en el cual cada persona establece su centro de vida, que es lo que conocemos como “casa”. La simbólica alude al significado afectivo y biográfico que representa para

5 BASSET, Ursula C., “La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en BASSET-FULCHIRON-LAFFERRIERE-BIDAU-GARON, *Tratado de la vulnerabilidad*, La Ley, CABA, 2017, ps. 25.

6 Dabove, María Isolina, “Vivienda y Derecho de la Vejez: Perspectiva jurídica trialista”, en Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. vol. X, núm. 2, Nueva Serie II, 2019, p. 29. Disponible en: «<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/27878>»

quien la habita y puede identificarse como el “hogar”. Y la funcional, que la convierte en el “hábitat”, se refiere a que en ella se cuente con la infraestructura y servicios necesarios para que la vida cotidiana se lleve a cabo sin problemas.

## V. Justificación de la atribución vitalicia de la vivienda

La vivienda es un componente crucial en la estabilidad y la calidad de vida, especialmente para los adultos mayores atravesados por condiciones de vulnerabilidad. Estos individuos –al enfrentar limitaciones físicas y cognitivas, se encuentran en una posición de desventaja significativa cuando deben participar en procesos judiciales para solicitar y/o extender su derecho al uso de la vivienda.

En estos contextos, cuando el fundamento para atribuir el uso de la vivienda es la mayor edad –sumado a una especial situación de vulnerabilidad– cabe razonablemente suponer que al momento del vencimiento del plazo, las condiciones que se tuvieron en cuenta para otorgar el beneficio en primer lugar, se habrán incrementado. Esto por cuanto no es posible que la situación se “revierta”, desde una perspectiva cronológica.

Así, al momento de finalización del plazo, la persona beneficiada con el uso, se encontrará en una situación aún más comprometida que la que tenía al inicio de su petición de atribución. Esto no sólo por la mayor edad, sino también por las dificultades que dicha mayor edad trae generalmente aparejada: dificultades de movilidad y traslado, compromiso en las funciones cognitivas, como así también las angustias y el estrés que trae aparejado un nuevo proceso judicial en donde –una vez más– se encuentra en juego la vivienda que se habita.

Esta afirmación no constituye un juicio de valor, ni una aseveración de inevitable deterioro; puesto que cada persona tiene su propia particularidad y situación. Sin embargo, se puede sensatamente concluir –en virtud del ciclo de la vida – que a mayor edad cronológica, mayores serán las situaciones que comprometerán el adecuado funcionamiento del cuerpo de una persona.

## VI. Vivienda vitalicia: derecho real de habitación

La idea de la utilización vitalicia de la vivienda no es nueva, puesto que podemos encontrar esta misma previsión en el art. 2383 del CCyC; que otorga el derecho de habitación de la vivienda familiar al cónyuge supérstite, de manera gratuita y vitalicia.

Conforme lo señala Badrán, *“la habitación legal del cónyuge supérstite es el derecho real gratuito y vitalicio por el cual se concede como vivienda el inmueble que constituyó el último hogar conyugal de propiedad del causante y que no se encontraba en condominio a la apertura de la sucesión”*<sup>7</sup>.

El fundamento de este derecho de fuente legal, germina de la perdurabilidad de la protección de la vivienda instaurada en los artículos 456 y 522 respectivamente del CCyCN, como núcleo del desarrollo familiar, además, es el carácter asistencial<sup>8</sup> y posee una finali-

7 BADRÁN, Juan Pablo. Proceso sucesorio: *Instituciones sustanciales del derecho sucesorio. Medidas cautelares. Declaratoria de herederos. Protocolización del testamento. Juicio sucesorio propiamente dicho. Administración de Herencia. Acreedores en la sucesión. Ineficacia de los testamentos y legados. Acciones judiciales: petición de herencia, indignidad, reducción, colación, exclusión hereditaria. Honorarios*. 1ra. Ed., Ediciones Lerner, Córdoba, 2019, p. 495.

8 Este fundamento asistencial ha inspirado las consideraciones de las XIX Jornadas Notariales Bonaerenses realizadas en Pergamino, Provincias de Buenos Aires, en 1975, en la Primeras Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, efectuadas en Tucumán en el

dad tuitiva, asegurando al cónyuge supérstite la conservación de la habitación del inmueble que en vida constituyó la sede del hogar conyugal frente a eventuales requerimientos de coherederos o legatarios tendientes a la partición o lo que será más frecuente a la venta del bien.<sup>9</sup> Asimismo, este derecho opera de pleno derecho, con los requisitos impuestos por la ley, es decir, en tanto y en cuanto, el inmueble haya sido el último domicilio conyugal y no haya condominio con otras personas.

Aclaran Mariani de Vidal y Abella<sup>10</sup> que "*se trata de un derecho atribuido al cónyuge supérstite como una carga común de la herencia sea el inmueble propio o ganancial*". Por lo tanto, este cónyuge lo adquiere por derecho propio (*iure proprio*), no lo recibe por herencia (*iure hereditatis*), no integrando la masa hereditaria, su valor no se tiene en cuenta para determinar las porciones legítimas.

Las reglas de la habitación conyugal deberán ser antepuestas a las de la legítima, por lo tanto, no las elimina ni las altera, produciéndose una *postergación temporaria* para la atribución del uso de uno de los bienes que integran el acervo. Así, los herederos que acepten la sucesión, deberán respetar el derecho subjetivo a habitar ese hogar por parte del cónyuge. Se lo considera como una carga legal<sup>11</sup> impuesta a los herederos en beneficio del cónyuge supérstite o del conviviente supérstite (en su caso), independientemente de la cuota o porción a él asignada en concurrencia con otros herederos.

Entonces -si bien se trata de un derecho real, de distinta naturaleza del derecho de uso- opera de pleno derecho para el cónyuge supérstite sobre la vivienda familiar, incluso si la misma era de propiedad exclusiva del causante. En estos casos, sin indagar sobre la real situación del cónyuge supérstite, se otorga el derecho real de manera vitalicia y gratuita. Aquí surge el interrogante sobre ¿por qué se prevé siempre un plazo para otorgar la atribución del uso de la vivienda familiar, sin considerar la verdadera situación del beneficiario; cuando frente a una situación similar -y sin valorar la real situación del cónyuge supérstite- se otorga el derecho real de habitación de manera vitalicia y gratuita?

En ambos casos nos encontramos con restricciones a los derechos del dominio de otros, ya sea del ex-cónyuge, ya sea de los herederos.

Así, si consideramos que detrás de cada disposición normativa se encuentra una persona que requiere de una respuesta judicial efectiva; ¿cuál sería la objeción para habilitar la posibilidad de otorgar el uso de la vivienda familiar -de manera gratuita y vitalicia- al ex cónyuge, si se trata de un adulto mayor y las condiciones de vulnerabilidad que lo atraviesan así lo justifica?

La protección del derecho de habitación del cónyuge supérstite -al igual que con el derecho de uso de la vivienda familiar para el excónyuge- se fundamenta en principios internacionales de derechos humanos, como el derecho a la vivienda, la solidaridad familiar y la protección de grupos vulnerables, como las personas mayores, además del principio *pro homine*. Esta tutela prioriza la visión constitucional del derecho a la vivienda sobre

---

mismo año y en las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil llevadas a cabo en Mendoza en 1976.

9 Código Civil y Comercial de la Nación comentado, dirigido por Ricardo Lorenzetti, 1ra. Ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 726.

10 MARIANI DE VIDAL, Marina- ABELLA, Adriana. *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Zavalla, 2016. T. II., pág. 52.

11 ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de las Sucesiones*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2001, t. 1, p. 654.

los intereses patrimoniales de los herederos, garantizando la seguridad y estabilidad habitacional del cónyuge o conviviente sobreviviente<sup>12</sup>.

Respecto de las personas mayores, la Cámara Civil y Comercial de Necochea<sup>13</sup> revocó la sentencia de grado que había hecho lugar al cese del derecho real de habitación de la cónyuge supérstite de 70 años de edad y con un delicado estado de salud, observando la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ratificada por ley 27.360.

Asimismo, la sala II de la Cámara Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa<sup>14</sup> (La Pampa) estableció que el establecimiento del derecho real de habitación previsto en el art. 2383 del CCyCN es consecuencia de la protección de derechos humanos de las personas mayores consagrada en la Convención Interamericana aprobada por ley 27.360, que establece en su art. 24 que "La persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades".

En resumen, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, al ser vitalicio, gratuito y de pleno derecho, garantiza al sobreviviente el derecho de habitar la vivienda familiar de manera permanente, sin que los herederos puedan ceñir este derecho. Al ser vitalicio este derecho real de habitación, implica que los herederos se ven restringidos al dominio por cónyuge fallecido, por lo tanto, la ley establece sus fundamentos priorizando la visión constitucional del derecho a la vivienda sobre los intereses patrimoniales de los herederos, asegurando la estabilidad habitacional del cónyuge, basándose en principios internacionales de derechos humanos.

## VII. Problemas prácticos y la necesidad de mecanismos judiciales adaptativos

En este camino, entendemos que la fijación de un plazo para la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar -cuando se trata de adultos mayores en condiciones de vulnerabilidad- resulta arbitraria y prematura. Los magistrados que deben resolver estos casos se enfrentan a la dificultad de prever el futuro, sin conocer las complejidades físicas, cognitivas, materiales, económicas y emocionales que la persona beneficiada deberá enfrentar. En el contexto de un posible desalojo de su vivienda, estas incertidumbres se agravan aún más.

Imaginemos a una persona mayor, cuyo cuerpo ya no responde como antes, que lucha con cada paso debido a la fragilidad de sus huesos, y cuya mente se ve atrapada en la confusión y el olvido de la vejez. Esta persona, en su avanzada edad, debe enfrentarse al temor constante de perder su hogar, el lugar donde ha construido recuerdos y sentido de pertenencia. Pedirle que afronte un nuevo proceso judicial para extender su derecho a vivir en su hogar es no solo una carga legal, sino una pesada carga emocional que puede erosionar su ya frágil salud mental y física.

A modo de ejemplo, podemos citar el fallo dictado por la Cámara de Apelaciones en lo

12 ZAVALA Gastón Augusto, "Derecho real de habitación del cónyuge o conviviente supérstite", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2022-3: Derecho de sucesiones, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 384.

13 CCCom. de Necochea, 26-9-2019, "Ferrari, Guerino Rubén s/Sucesión", 8448, Rubinzal Online, RC J 10895/19; L. L. Online, AR/JUR/33320/2019.

14 CCCLMin. de Santa Rosa, sala II, 9-11-2021, "D. M. J. E. s/Sucesión ab intestato", RC J 459/23.

Civil y Comercial de San Isidro<sup>15</sup>, en el cual una persona de 93 años solicitó que se le atribuya el hogar conyugal y se ordene el retiro de su cónyuge, de 72 años de edad, debido a que recibía agresiones, insultos y desatención de parte de su esposa. Denunció un estado de salud precario, y que debía evitar estados de estrés emocional. El juez atribuyó la vivienda familiar al actor -sólo por el plazo de un año- y dispuso el retiro de la denunciada a una propiedad a su gusto, cargando el actor con los gastos de alquiler y expensas hasta una suma determinada.

Esta resolución, destacable en muchos sentidos, no aclara el por qué se concedió el derecho de uso por el término de un año. Claramente, una persona que al momento de solicitar el uso de la vivienda contaba con 93 años y padecía un estado de salud precario; luego de transcurrido un año más, su situación -en el mejor de los casos- continuará como al principio, pero sin expectativas de mejoría; todo lo contrario.

El colectivo de casos a los que aludimos, no tienen una expectativa razonable de "mejora"; sino que -por el contrario- a mayor paso del tiempo, mayores serán las condiciones que atraviesen al sujeto vulnerable.

Aunque en teoría existe la "posibilidad jurídica" de solicitar una nueva prórroga en el derecho de uso de la vivienda, esta posibilidad es ilusoria para muchos. La realidad es que los procedimientos judiciales pueden ser inalcanzables para una persona mayor que ya vive en condiciones de vulnerabilidad. Recordemos que estamos hablando de individuos que, incluso antes de llegar a esta situación, ya enfrentaban desafíos significativos para mantener una vida digna y segura.

En la práctica diaria de las defensorías públicas de familia, se advierte un creciente aumento de los conflictos en torno a la vivienda que fuera sede del hogar familiar; en las que una o ambas partes son adultos mayores, atravesados por diversos factores de vulnerabilidad, tales como las condiciones de salud y la pobreza.

En estos casos, la opción jurídica que se presenta es solicitar la atribución del uso de la vivienda -por el mayor tiempo posible (sin saber de cuánto es ese tiempo) - y al finalizar el plazo, seguir solicitando prórrogas hasta la finalización de la vida del beneficiario.

A su vez, frente a estas situaciones, tenemos los pedidos de liquidación forzosa del único bien ganancial peticionado por uno de los ex cónyuges; puesto que ya se dijo que la atribución del uso de la vivienda constituye una limitación al derecho de propiedad del otro cónyuge. La respuesta jurídica prevista es la partición salomónica del único bien ganancial. Sin embargo, si bien la solución aparece como la más "justa", en la práctica significa que, al momento de la ejecución forzada del inmueble; nos encontremos con dos personas adultas mayores sin vivienda, cuando antes el problema habitacional sólo lo detentaba una de ellas.

Por lo tanto, es fundamental que el sistema judicial contemple mecanismos que faciliten la extensión del derecho de uso de la vivienda en casos donde la vulnerabilidad del beneficiario aumenta con el tiempo, contemplando como una posibilidad otorgar el derecho de uso de la vivienda de manera vitalicia.

---

15 Cám. Civil y Com. San Isidro, Sala I, 28/09/2017, "B. B. c. O. de B. M. del C. s/ medidas precautorias s/ incidente de apelación art. 250 del CPCC". Publicado en: La Ley Online; TR LALEY AR/JUR/74847/2017

Implementar este mecanismo no solo protegería a los adultos mayores de las dificultades asociadas con los procedimientos judiciales, sino que también aseguraría que el espíritu de solidaridad y protección que subyace en la atribución de la vivienda se mantenga intacto. A su vez, se evitaría la reedición de conflictos, reduciendo los costos de litigación, puesto que sería innecesario transitar nuevas etapas judiciales.

Además, reconocer y abordar la vulnerabilidad habitacional desde una perspectiva integral, garantizaría que los derechos de los individuos más vulnerables sean respetados y protegidos de manera efectiva.

### **VIII. Conclusión: hacia una justicia integral y adaptativa**

La protección de las personas mayores en situaciones de vulnerabilidad habitacional requiere una perspectiva integral y adaptativa. Los mecanismos judiciales deben considerar la edad avanzada y sus implicaciones para asegurar que el derecho a una vivienda digna y segura se mantenga intacto.

Es fundamental que comprendamos que cada persona tiene una historia única, y que detrás de cada caso judicial hay un ser humano con miedos, esperanzas y necesidades. Al fijar plazos arbitrarios, corremos el riesgo de deshumanizar a quienes más necesitan nuestra comprensión y apoyo. En lugar de imponer fechas límite, debemos enfocarnos en crear soluciones que brinden seguridad y estabilidad a los adultos mayores, permitiéndoles envejecer con dignidad en el hogar que conocen y aman.

La atribución vitalicia del uso de la vivienda puede ser una solución adecuada en casos de extrema vulnerabilidad, reflejando un compromiso genuino con los principios de justicia, igualdad y dignidad para todos los ciudadanos.

---

### **Referencias Bibliográficas**

- BADRÁN, Juan Pablo. (2019), *Proceso sucesorio: Instituciones sustanciales del derecho sucesorio. Medidas cautelares. Declaratoria de herederos. Protocolización del testamento. Juicio sucesorio propiamente dicho. Administración de Herencia. Acreedores en la sucesión. Ineficacia de los testamentos y legados. Acciones judiciales: petición de herencia, indignidad, reducción, colación, exclusión hereditaria. Honorarios*. Ediciones Lerner, Córdoba.
- BASSET-FULCHIRON-LAFFERRIERE-BIDAU-GARON (2017), *Tratado de la vulnerabilidad*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- DABOVE, María Isolina, "Vivienda y Derecho de la Vejez: Perspectiva jurídica trialista", en Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. vol. X, núm. 2, Nueva Serie II, 2019. Disponible en: «<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/27878>»
- HERRERA, Marisa & DE LA TORRE, Natalia (Directoras) (2022); *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, (Tomo III), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Editores del Sur.
- HERRERA, Marisa; CARMELO, Gustavo & PICASSO, Sebastián (Directores); (2015), *Código*

*Civil y Comercial de la Nación Comentado*, (Volumen II), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Infojus.

- LORENZZETTI, Ricardo - HERRERA, Marisa; *Código civil y comercial explicado – Doctrina – Jurisprudencia – Derecho de Familia*, (Tomos I y II), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- LORENZZETTI, Ricardo (Dir) (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ra. Ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- MARIANI DE VIDAL, Marina- ABELLA, Adriana. (2016), *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, (Tomo II), Buenos Aires, Zavalía.
- ZANNONI, Eduardo A., (2001), *Derecho Civil. Derecho de las Sucesiones*, 4ª ed., Astrea, (Tomo 1) Buenos Aires.
- ZAVALA Gastón Augusto, "Derecho real de habitación del cónyuge o conviviente supérstite", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2022-3: Derecho de sucesiones, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.



# LA SOLIDARIDAD POST MORTEM A FAVOR DEL CONVIVIENTE<sup>1</sup>

## POST-MORTEM SOLIDARITY IN FAVOR OF THE COHABITANT

**Ab. Esp. Raquel Villagra de Vidal<sup>2</sup>**

### RESUMEN:

La presente ponencia explora el principio de solidaridad familiar en el ámbito sucesorio, destacando su expresión en las uniones convivenciales. Se argumenta que la protección integral de la familia, consagrada constitucionalmente, debe extenderse a los convivientes, reconociéndoles derechos sucesorios legítimos. Se critica la exclusión de los convivientes de la vocación hereditaria, a pesar de que el Código Civil y Comercial argentino impone deberes recíprocos de asistencia entre ellos. La propuesta incluye un llamamiento legítimo preferente frente al derecho del Fisco para los convivientes registrados, como una medida de justicia social que resguarda el bienestar económico del núcleo familiar tras el fallecimiento de uno de sus miembros.

### ABSTRACT

This paper explores the principle of family solidarity in the context of succession law, emphasizing its relevance to cohabiting partners. It argues that the constitutional mandate for comprehensive family protection should extend to cohabitants by recognizing them as legitimate heirs. The exclusion of cohabitants from inheritance rights is criticized, despite the reciprocal duties of assistance imposed by the Argentine Civil and Commercial Code. The proposal calls for legitimate succession rights, prioritizing registered cohabitants over the state's claim, as a measure of social justice to safeguard the family's economic stability after the death of a member.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Sucesorio. Solidaridad familiar. Solidaridad post mortem. Protección integral de la familia. Derecho hereditario legítimo del conviviente.

**KEY WORDS:** Succession Law. Family Solidarity. Comprehensive Family Protection. Legitimate Inheritance Rights of de Cohabitant.

<sup>1</sup> La presente ponencia fue presentada en las XXIX Jornadas Nacionales De Derecho Civil De 2024 - Universidad Austral ante la Comisión N° 8 Sucesiones: Vocación sucesoria, relación afectiva y solidaridad y se realiza sobre la ponencia oportunamente presentada con el aval académico de la Dra. Graciela M. Moreno Ugarte Adjunta Cátedra B de Derecho Privado VI de la Facultad de Derecho de la UNC en las Jornadas Nacionales realizadas en el año 2019 en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe.

<sup>2</sup> Docente de la Cátedra A de Derecho Privado VI - Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Aval Académico Mariana Wallace, Adjunta Cátedra A Derecho Privado VI Universidad Nacional de Córdoba

## I. La solidaridad familiar

Es un lugar común en la doctrina más especializada<sup>3</sup>, poner énfasis en el principio de *solidaridad familiar*<sup>4</sup> como fuente de la obligación asistencial entre quienes se reconoce un vínculo familiar<sup>5</sup>, mas la fortaleza de esa afirmación<sup>6</sup> se diluye cuando se analiza el *reparto de la riqueza* pese a que ningún autor desconoce que uno de los efectos civiles tanto del parentesco como del vínculo conyugal es justamente la sucesión legítima o llamamiento legal o intestado (sin testamento).

La *solidaridad* es un rasgo constitutivo de la condición humana<sup>7</sup> y si bien en su faz pasiva podemos identificarla como *la disposición a responder por el bien del otro*, o más jurídicamente, como *el deber de responsabilidad por el bienestar del otro*, dando fundamento en el ámbito familiar a los *deberes de cooperación, contribución a las cargas del hogar, la asistencia recíproca, los alimentos*; en su faz activa -que se corresponde como necesario correlato- se identifica con *el derecho al goce común de los beneficios acumulados*, o más, precisamente *el derecho a disfrutar del bienestar común*, devenido por la *contribución y colaboración prestada a la familia*, beneficios que se nutren de *la convergencia de los esfuerzos individuales de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad familiar*, dando fundamento *a la ganancialidad, al uso y goce común de la vivienda familiar y del ajuar del hogar, al derecho a continuar la locación, al derecho real de habitación del supérstite*, y también, sólo en la relación conyugal y parental, *al derecho sucesorio*.

El principio de *solidaridad familiar*<sup>8</sup> debe presidir todo el sistema de derechos que se derivan del parentesco, del matrimonio y de las uniones convivenciales, *aún en el derecho sucesorio*, al punto que el llamamiento legítimo a recibir la herencia se corresponda con aquél, que aparece como expresión tanto de la *voluntad presunta del causante* como del interés social de mantener *la unidad y soporte económico de la comunidad familiar* después del fallecimiento de la persona.

3 CORDOBA, Marcos M., *Sesión del Seminario Permanente de Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones* (2012), Instituto Ambrosio Gioja, Universidad de Buenos Aires; con menor frecuencia, la jurisprudencia, sobre este punto ver nuestro trabajo de investigación con CIARROCCA, Laura E. y equipo, *El principio de solidaridad familiar en las decisiones judiciales: su aplicación a las relaciones conyugales y convivenciales bajo los nuevos paradigmas constitucionales en Familias y Derecho Un enfoque de principios*, Dir. GARCIA CIMA DE ESTEVE, Elena, Ed. Lerner, Córdoba, 2016, p.219.

4 Las conclusiones del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Comisión 1, p.104, 120 y nota 70 califican al principio de solidaridad como "*principio primordial que expresa y da sentido a la comunión del grupo familiar*".

5 MENDEZ COSTA, María Josefa *Los principios jurídicos en las relaciones de Familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006; FANZOLATO, Eduardo I. *Derecho de Familia*, Advocatus, Córdoba, 2007, t.I, p.246; RIVERA, Julio C. MEDINA, Graciela *Código Civil y Comercial de la Nación Comentario*, La Ley, Bs. As. 2014, t. II; LLOVERAS, Nora, SALOMON, Marcelo, *Tratado de Derecho de Familia*, La Ley, Bs.As., 2015, t. I, p.154; BELLUSCIO, Augusto C. *Manual de Derecho de Familia* Bs. As., Astrea, 2002; BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil – Familia*, 10ª La Ley, Bs.As. 2008; FASSI, Santiago C., *Estudios de Derecho de Familia*, Platense, La Plata, 1962; FERRER, Francisco A. MEDINA, Graciela, MENDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil Comentado Doctrina Jurisprudencia Bibliografía*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y RÓVEDA, Eduardo G., *Manual de Derecho de Familia*, Lexis Nexis, Bs.As., 2004; MAZZINGHI, Jorge A. *Derecho de familia*, Bs.As. Abeledo Perrot, 1971.

6 XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1999), La Ley, Bs.As.2005, p.190 concluyeron "*el valor solidaridad familiar vertebró el principio constitucional de protección integral de la familia*".

7 FABBRI, Enrique E. *La familia núcleo de espiritualidad*, en *Criterio 2201-406 ab initio*, citado por MÉNDEZ COSTA, *Los principios*, cit. .288

8 Explica FANZOLATO, loc.cit., que la familia como asociación necesaria cada integrante de un grupo familiar es deudor de todos sus miembros por los beneficios que ha recibido del grupo (cuidados, alimentos, educación, formación integral, herencia cultural, social, pecuniaria, desvelos, etc.) y al mismo tiempo es acreedor por las consecuencias perjudiciales que pueda sufrir a causa de su pertenencia al conjunto. De esta manera, cada persona tiene un deber pecuniario con su familia y toda familia tiene una acreencia respecto de cada uno de sus miembros. Arriba a estas conclusiones partiendo de la idea de Bourgeois, L. (L'idee de solidarite et ses consequences sociales) quien a principios del siglo XX ya sostenía *todo grupo humano (la familia, el clan, la tribu, la nación, el Estado), es un conjunto solidario en donde el equilibrio, la conservación y el progreso, obedecen a la ley de la interdependencia universal, a la cual la voluntad y conciencia del hombre le dan una fuerza especial. Esa voluntariedad supone que se reconoce, a la vez, la necesidad y la justicia; pero como la solidaridad es anterior a la justicia, resulta que sólo puede definírsela en función de dicha solidaridad. Ya que el fin de toda sociedad humana es establecer la justicia entre los hombres, será imposible pretender la justicia negando la solidaridad*.

Por ello, no corresponde excluir como beneficiarios de la vocación legítima a aquellos que el mismo Código Civil y Comercial de la Nación les impone un deber de asistencia recíproca fundado en un principio de solidaridad familiar, en el caso, a quien está unido al causante por una *unión convivencial registrada*<sup>9</sup>.

Se respeta el mandato constitucional de afianzar la justicia (Preámbulo C.N.) y proteger la familia (art. 14 bis C.N. y Tratados incorporados) que en nuestro sistema también incluye la *familia extramatrimonial*<sup>10</sup> evitando que los bienes pasen al Estado cuando lo sobreviva aquel integrante de la familia que debía asistir al causante y debía ser asistido por él.

Limitar la vigencia de la solidaridad familiar post mortem al núcleo más próximo del causante, y dentro de ese núcleo *sólo a la familia matrimonial y algunos miembros de la extramatrimonial*, peca por insuficiente e incoherente con el resto de los principios que dan fundamento a las normas contenidas en el mismo cuerpo normativo respecto de la obligación de asistencia económica recíproca. Tampoco consulta los valores ni la idiosincrasia de nuestro país (cfr. art. 2, CCC). Ni tampoco y eso es fundamental, respeta el principio de protección constitucional *a la familia sin distinciones*.

Conforme al art. 432 del CCC los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho. Luego del divorcio cuando así lo hubieren convenido o de acuerdo al art. 434 CCC si se trata del ex cónyuge enfermo grave que no puede sustentarse o no tiene recursos propios para ello.

También se encuentran obligados a prestarse alimentos los convivientes *mientras dure la convivencia* (art. 519 CCC) y no se le reconoce vocación hereditaria pese a que el fallecimiento del conviviente no es un supuesto de ruptura voluntaria de la convivencia, sino un cese por razones naturales. Si se pone en cabeza de los convivientes la obligación de prestarse recíprocamente alimentos durante la convivencia (art. 519 CCC), ello demuestra que en nuestro sistema la familia extramatrimonial forma parte del grupo familiar que merece protección legal.

Nos preguntamos *¿Por qué razón no se concede vocación legítima al conviviente con preferencia al derecho del Estado?*

*¿Por qué razón distribuimos la herencia en los parientes que forman parte de la familia extensa del difunto (v.gr. colaterales hasta el 4º), pero no al conviviente?*

Al primero le imponemos el deber de asistir al causante en vida y este deber es recíproco, lo que implica afirmar que el causante tiene también el deber de asistir a su conviviente; no obstante, cuando aquel muere el supérstite no recibe una porción de la herencia aun cuando el afecto presunto del causante o el interés social de proteger la familia extramatrimonial lo sindicaran como el vínculo voluntario de naturaleza familiar más cercano al difunto.

## II. Fundamentos del llamamiento legítimo

El derecho sucesorio<sup>11</sup> como todo fenómeno social tiene múltiples y complejas razones

<sup>9</sup> Nuestra ponencia *La indignidad por incumplimiento del deber de solidaridad familiar*, XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015

<sup>10</sup> MENDEZ COSTA, María Josefa, *Los Principios jurídicos en las relaciones de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa.Fe, 2006, p.53

<sup>11</sup> BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil*, Actualizado por BORDA, Delfina, La Ley, 2012, Bs.As. p. 2.

jurídicas y sociológicas<sup>12</sup>. Encontramos sus raíces históricas en motivaciones religiosas y metafísicas<sup>13</sup>, necesidades de sustento comunitario y subsistencia de la familia<sup>14</sup>, razones económicas y sociopolíticas<sup>15</sup>, que exigen preguntarnos sobre la razón misma de la existencia del Derecho.

Centramos nuestra atención en las que buscan distribuir la herencia del difunto dentro de su familia. Para algunos, la razón que justifica el llamamiento que hace la ley al cónyuge y a los parientes es el reconocimiento de *un orden natural o biológico*<sup>16</sup>; muchos en el *presunto afecto del causante*; otros más pragmáticos, en *la seguridad y la estabilidad de los derechos*<sup>17</sup>. Por último, hay quienes encontramos también su origen en una *comunidad o copropiedad familiar*<sup>18</sup>.

Asumiendo por vía de hipótesis la verdad contenida en ellas –no excluyentes entre sí- podemos afirmar –a contrario sensu- que la falta de reconocimiento legal de un derecho sucesorio a los familiares más próximos implicaría ir en contra de un orden natural o biológico; importaría una lesión a los sentimientos y afectos más profundos de quien fuera su titular; provocaría inseguridad e inestabilidad en las relaciones jurídicas al generar incertidumbre sobre quién de los miembros del grupo social ha de apropiarse de la riqueza acumulada, encargarse del manejo de los bienes relictos y de las relaciones anudadas por el difunto, dejando abierta la posibilidad de que sea el Estado quien los asuma con las implicancias –de toda índole- que ello conlleva.

Por último y sobre lo que queremos centrar nuestra reflexión, desconocería una realidad social que se mantiene aún hoy, en donde puede afirmarse que el atesoramiento y las riquezas transmisibles al fallecimiento del titular, no tienen origen exclusivo en su esfuerzo individual sino que se basan también en el apoyo mutuo, la cooperación y asistencia recíprocas entre todos los integrantes de la familia. De modo que desconocer ese esfuerzo conjunto importaría lesionar un elemental principio de justicia que nos exige dar a cada uno lo suyo, dejando al mismo tiempo sin respaldo económico al grupo familiar sobreviviente, esto es, sin los elementos necesarios para seguir prestándose apoyo, cooperación y asistencia recíprocas, agravando de forma directa los perjuicios que la propia muerte de un miembro de la familia conlleva y de forma indirecta, al grupo social considerado en su conjunto<sup>19</sup>.

Si no se mantiene la asistencia dentro del seno de la familia y obviamente, de la correlativa asignación de los recursos necesarios para brindarla, recaería sobre la misma sociedad la carga de auxiliar a los sobrevivientes de esa familia que seguirían necesitando asistencia cuando, manteniendo los recursos dentro del grupo familiar que los generó con su trabajo y cooperación, aquéllos podrían satisfacer sus necesidades sin recurrir al esfuerzo colectivo del grupo social. De ese modo se minimizan los perjuicios

12 Cfr. MAFFIA, *Manual de Derecho Sucesorio*, Lexis Nexis, Bs.As.2005, t.I, p.4), BORDA, *idem*, p. 3.

13 FOUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, *La Ciudad Antigua*, Ciudad Argentina, Bs.As. 1998, p.49.

14 ZANNONI Eduardo A., *Derecho de las Sucesiones*, Ed. Astrea, 1998, t. I, p. 37.

15 Cfr. ZANNONI, *ibidem* p.35.

16 Vélez en la nota al art. 3565 del CC explicitaba “la razón natural, como una ley tácita, afecta a los hijos a la herencia de sus padres y los llama a una sucesión que les es debida”.

17 LACRUZ - ALBALADEJO, *Derecho de sucesiones*, p.50

18 BETTINI, Antonio, *Fundamento del derecho sucesorio*, LL 125-918, citado por GOYENA COPELLO, *Tratado del Derecho de Sucesión*, La ley, Bs. As., 2007, p.149

19 Cfr. ZANNONI, *op.cit.*, t. I, p.30, citando a MIRAGLIA, *Filosofía del Derecho*, t. II. p. 360 y ss.

y se transmiten a las generaciones futuras no sólo los bienes materiales y los medios económicos para satisfacer sus necesidades sino además, la cultura del apoyo mutuo, la cooperación y la asistencia recíprocas que caracterizan -desde sus orígenes- a *la familia*<sup>20</sup>, como institución social cualquiera sea la forma concreta que ella hubiera adoptado.

#### IV. La situación en los países vecinos

Enseña Ferrer<sup>21</sup> que en *Uruguay*, la ley 18.246/08, en su art. 11 concede al concubino supérstite con cinco años de convivencia los mismos derechos sucesorios que el art. 1026 del Cód. Civil acuerda al cónyuge, pero carece de la calidad de legitimario, es desplazado por los descendientes, concurre con los ascendientes (la mitad de la herencia para el conviviente y la otra mitad para los ascendientes) y excluye a los colaterales. Si existe cónyuge supérstite, integrarán la misma parte, y en proporción a los años de convivencia.

En *Brasil* siempre que la unión de hecho sea “duradera” (art. 1723), el art. 1790 establece los derechos sucesorios del conviviente respecto de los bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia de la unión estable, en concurrencia con hijos comunes, con descendientes sólo del causante, y con otros parientes sucesibles (ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado). No habiendo parientes en grado sucesible, toda la herencia queda para el compañero supérstite, que no obstante no tiene carácter de heredero forzoso.

*Paraguay*, ley 1/92: asigna derechos sucesorios al concubinario supérstite en concurrencia con hijos y con ascendientes, y a falta de ellos recibe todos los bienes del causante excluyendo a los colaterales (arts. 91/93). Se requiere que la unión estable, singular y notoria dure al menos cuatro años, a menos que hubiesen nacido hijos comunes, y sus integrantes no soporten impedimentos matrimoniales. Esta unión genera una comunidad de gananciales que se dividirá por mitades al disolverse, siendo la muerte de un compañero causal de disolución. El supérstite es heredero, pero no tiene carácter legitimario.

En *Chile*, la ley 20.830 de 2015, en su art. 16: establece que el acuerdo de unión civil otorga a los convivientes el derecho sucesorio intestado recíproco y el supérstite concurrirá a la sucesión de su conviviente de la misma forma que el cónyuge y tendrá sus mismos derechos, siendo heredero legitimario.

Por su parte en el *Perú* por ley 30.007 de 2013 se modificó el Cód. Civil (arts. 326, 724, 816 y 2030, inc. 10), acordándose a los integrantes de una unión libres de impedimento matrimonial, el derecho sucesorio intestado del matrimonio, con carácter de herederos legitimarios. Se requieren dos años de convivencia.

Comenta PELLEGRINI<sup>22</sup> que la Constitución peruana reconoce sólo las uniones estables heterosexuales (art. 5º). El art. 326 Código Civil del Perú dispone que la unión de hecho de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales y agrega recientemente la legislación

20 Cfr. FANZOLATO, Eduardo I. *Derecho de Familia*, Advocatus, Córdoba, p. 52

21 FERRER, Francisco A. M. *Sucesión del conviviente* 22/5/18; DFyP 2017 (noviembre), 14/11/2017, 150 – LA LEY 22/05/2018, 22/05/2018, 1; conc. Ferrer, Francisco A.M., *Tratado de Sucesiones*, Tomo IV, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022, p.188

22 PELLEGRINI, María Victoria, *Las Uniones Convivenciales* Ed. Erreius, Bs.As.2017

peruana, por ley 30.007, extiende el derecho hereditario a las parejas no casadas. Para que la unión de hecho dé lugar a derechos sucesorios, es requisito que reúna las condiciones señaladas en el art. 326 del CCiv. y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros, *siempre que se encuentren inscriptas en el Registro Personal*, de conformidad con lo establecido en el art. 49 de la ley 26.662, o sean reconocidas por la vía judicial.

En tanto que en Ecuador el art. 68 de la Constitución de 2008 reconoce a la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que forman un hogar de hecho y que, reuniendo las condiciones que determine la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. Los integrantes con dos años de convivencia gozan del derecho sucesorio intestado, pero no son herederos legítimos (arts. 222, 223, 230, 233 y 332 del Cód. Civil, reforma de 2015).

Por último, Colombia por ley 54 de 1990, modificada por ley 979 de 2005, se dispone que la unión marital de hecho por dos años produce una sociedad patrimonial entre ambos integrantes de la pareja con todos los bienes adquiridos durante la unión por el trabajo, incluidos sus frutos y rentas, cuyo capital se dividirá por partes iguales al finalizar la unión marital. Si cesa por muerte de alguno de sus integrantes, la partición se hace en el proceso sucesorio con los herederos del conviviente fallecido. No forman parte del capital de la sociedad los bienes adquiridos antes de iniciar la unión, ni los adquiridos posteriormente por herencia, donación o legado.

El matrimonio ya dejó de ser el fundamento exclusivo de la familia. Hay diversos modelos de familia: la unión de hecho, la unión convivencial registrada, la no registrada, las uniones sin habilidad nupcial entre dos personas, son una de las tantas formas afectivas de vivir la relación de pareja, algunas han adquirido reconocimiento legal. En ellas no puede prescindirse del aspecto sucesorio para que su regulación y protección sea completa. Las características y límites de tal regulación serán cuestión de política legislativa, conforme a las valoraciones y condiciones sociales de cada país.

Consideramos incorrecta la decisión del legislador de no reconocer llamamiento hereditario a quien convive con el causante en unión convivencial al tiempo de su muerte; se trata de un vínculo familiar -sobre todo en la unión convivencial registrada- que goza de *un estado de familia, público, formalizado, oponible erga omnes*, reconocido por la ley al punto que lo regula, le atribuye efectos jurídicos, y le otorga protección especial (cfr. art. 522 del CCC), por lo que, aun cuando no quisiera calificárselo como heredero legítimo para distinguirlo del vínculo conyugal dándole preferencia a este último, lo cierto es que mínimamente habría que reconocerle el carácter de heredero legítimo y establecer en su caso, con quiénes habría de concurrir y que su llamamiento excluya al Fisco<sup>23</sup>.

El *principio de solidaridad familiar* que estructura todo el sistema jurídico (no solo el derecho de familia<sup>24</sup>) y por ende, también el derecho sucesorio, debe inspirar al legislador para

23 FERRER, Francisco A. M., Sucesión del conviviente: DFyP 2017 (noviembre), 14/11/2017, 150 – LA LEY 22/05/2018, 22/05/2018, 1, “La injusticia que esta solución puede presentar cuando se trata de uniones convivenciales de muchísimos años no se cubre invocando la posibilidad de efectuar beneficios económicos dispuestos por testamento y la ampliación de la porción disponible, porque sabido es que en nuestro país no está incorporada a la propia costumbre la práctica de otorgar testamentos. Por eso era el reclamo de un importante sector de la doctrina que el legislador reglamentara el derecho hereditario intestado entre los convivientes, como lo han hecho muchas legislaciones próximas a la nuestra”. En contra: ORLANDI, Olga E., *Exclusión de la vocación hereditaria y uniones convivenciales*, RDF 68-245, [www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2019/03/Doctrina4064.pdf](http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2019/03/Doctrina4064.pdf).

24 Cfr. VILLAGRA DE VIDAL, Raquel, *La indignidad por incumplimiento del deber de solidaridad familiar*, Ponencia presentada en

otorgarle este reconocimiento teniendo en cuenta el mandato constitucional contenido en el art. 14 bis C.N., de *protección integral a la familia*<sup>25</sup>, ponderando la idiosincrasia de nuestro país que ve a la familia -sin distinciones- como el destinatario natural de la distribución de la riqueza del fallecido.

La sucesión legítima es un modo de amparar post mortem a la propia familia que, por lo común, también contribuyó a forjar esa fortuna por lo que no se comprende la exclusión del conviviente del llamamiento hereditario legítimo del CCC, ante la decisión de regular la unión justamente en el Libro II dedicado a las *"Relaciones de Familia"*.

La normativa de los tratados internacionales<sup>26</sup> omiten definirla. Desde nuestra óptica el mandato constitucional no sólo alcanza a la protección de la familia nuclear<sup>27</sup> sino también a la *familia extensa* englobando dentro del concepto jurídico de *"familia"* y por ende, dentro del alcance del mandato constitucional de protección, a todo tipo de *relaciones familiares en la medida en que los sujetos involucrados se encuentren jurídicamente vinculados entre sí en razón de ser titulares activos y pasivos de deberes y derechos subjetivos familiares*<sup>28</sup>.

Un llamamiento legítimo le permitiría al conviviente constituirse en un heredero con una parte indivisa sobre los bienes personales del fallecido, definida en función de quiénes sean sus coherederos. Es que en relación al causante *su compromiso vital fue idéntico al de un cónyuge*, en especial cuando se trata de una unión formalizada por su inscripción ante el Registro Civil.

Frente a la casi nula costumbre de testar, el acaecimiento de la muerte de un miembro de la familia coloca al grupo en una situación de desprotección sino se le reconoce una vocación legal a la riqueza acumulada.

Si no existen hijos menores comunes o no hay pacto, la condición del conviviente queda notoriamente desprotegida frente al fallecimiento de su pareja.

Si inscribieron voluntariamente su unión convivencial en el Registro Civil, otorgándole con ello publicidad suficiente a su relación, adquirieron un estado civil, un estado de familia digno de protección legal, status que merece un tratamiento protectorio especialmente cuando el cese de la convivencia no deriva de una decisión unilateral o bilateral de los convivientes, sino de algo tan impreciso temporalmente como la muerte.

El CCC prevé la registración de las uniones convivenciales únicamente a los fines probatorios (art. 511 CCC). Esta registración administrativa no es constitutiva de la unión pero sí es prueba de su existencia. Dado que para solicitar la registración de la unión convivencial es necesaria la voluntad concurrente y expresa de ambos miembros de la unión (art. 511, 3º p. CCC), es que consideramos que no es idéntica la situación de una unión no registrada de aquella que si lo fue.

---

la Comisión n° 7 Exclusión de la vocación hereditaria en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1, 2 y 3 de octubre 2015, Bahía Blanca, Buenos Aires.

25 Cfr. ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p.21.

26 Conv..Am. DDHH (art. 17) Decl.Am.Derechos y Deberes del Hombre, Art. VI; D.U. DDHH (Art. 16. 3); CDN Preámbulo

27 cfr. BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, t.1, Ed. Astrea, Bs. As., 2002, p. 4).

28 Cfr. BELLUSCIO (ibidem p.3); ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil Derecho de Familia*, t.I, Ed. Astrea, Bs.As., 1998, p.7.

Dado que las uniones convivenciales registradas cuentan con un plus de protección respecto de la vivienda familiar y sus muebles indispensables, conforme lo prevé el art. 522 CCC<sup>29</sup>, además de la posibilidad de inscribir los pactos<sup>30</sup>, es que consideramos que es adecuado reconocerle *al conviviente de una unión registrada legalmente*, la vocación hereditaria legitimaria no forzosa en la medida en que se dan a su respecto *todos y cada uno de los fundamentos que se han ensayado para explicar el fenómeno sucesorio*.

La registración de los pactos celebrados por los convivientes que tienen una unión registrada, genera un plus de protección respecto de cualquier otro contrato celebrado entre partes -incluso en relación a otros convivientes que por las razones que sean decidieron no registrar su unión.

Es decir, la novedad, no son tanto los convenios ya que los pueden celebrar -en principio<sup>31</sup> como antes<sup>32</sup>, sino la *oponibilidad de este convenio particular* a quienes no lo celebraron una vez registrado (art.517 CCC) y a su vez, la otra novedad que tiene directa vinculación con lo anterior, es *el límite que prevé la ley a esos convenios* en función de la naturaleza familiar de su relación, limitando la autonomía de la voluntad (art. 513 y 515 CCC).

## V. Conclusiones

El principio de solidaridad familiar debe presidir todo el sistema de derechos que se derivan del parentesco, del matrimonio y de las uniones convivenciales reguladas por el CCC, aún en el derecho sucesorio.

El llamamiento legítimo o intestado a recibir la herencia debe guardar correspondencia con el principio constitucional de protección integral de la familia (art 14 bis CN).

El principio de solidaridad familiar es expresión de ese mandato constitucional, por lo que la muerte de uno de sus miembros exige adoptar reglas de distribución de la riqueza que protejan la familia.

La solidaridad familiar post mortem consagrada en la vocación hereditaria legítima se fundamenta tanto en la voluntad presunta del causante como en el interés social de mantener el soporte económico de la familia después del fallecimiento de uno de sus miembros.

No corresponde excluir como beneficiarios de la vocación legítima a aquellos que el mismo Código les impone un deber de asistencia fundado en un principio de solidaridad familiar.

Debe incluirse un llamamiento legítimo no legitimario con preferencia frente al derecho del Fisco (art. 2441 CCC), a favor de quien convive con el causante en una unión convivencial registrada.

---

29 FERRER, Francisco A.M., *Sucesión del conviviente*, DFyP 2017 (noviembre), 14-11-17, 150, refiere se estableció una reglamentación imperativa y básica que, en función de la solidaridad y de la equidad, contempla el sostenimiento del hogar, la manutención y educación de los hijos, protege la vivienda familiar y los intereses de los terceros que contratan con los integrantes de la pareja (arts. 519/522).

30 LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga, FARAONI, Fabian, *Uniones convivenciales*, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 155

31 Decimos en principio porque en verdad ahora existen límites a la posibilidad de celebrar los pactos sea que se quieran ejecutar entre convivientes o sea que se quieran oponer frente a terceros, en el caso de las uniones inscriptas (art. 515 CCCN)

32 FERRER, loc.cit. Ha sido positivo, sin duda, el avance que representa el nuevo Código al contemplar normativamente la situación de las uniones de hecho. La libertad de contratar entre ellos sobre aspectos patrimoniales de su relación ya la gozaban sus integrantes bajo la antigua legislación civil.

## Referencias Bibliográficas

---

- BELLUSCIO, Augusto C. Manual de Derecho de Familia Bs. As., Astrea, 2002.
- BETTINI, Antonio, Fundamento del derecho sucesorio, LL 125-918.
- BORDA, Guillermo A., Manual de Derecho Civil, Actualizado por BORDA, Delfina, La Ley, 2012, Bs. As.
- BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil – Familia, 10°La Ley, Bs. As. 2008.
- COMUNIDAD AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Conv. Am. DDHH) (art. 17) Decl. Am.Derechos y Deberes del Hombre, Art. VI; D.U. DDHH (Art. 16. 3); CDN Preámbulo.
- FASSI, Santiago C., Estudios de Derecho de Familia, Platense, La Plata, 1962.
- FABBRI, Enrique E. La familia núcleo de espiritualidad, en Criterio 2201-406 ab initio.
- FANZOLATO, Eduardo I. Derecho de Familia, Advocatus, Córdoba, 2007, t. I.
- FERRER, Francisco A, MEDINA, Graciela, MENDEZ COSTA, María Josefa, Código Civil Comentado Doctrina Jurisprudencia Bibliografía, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007.
- FERRER, Francisco A.M., Sucesión del conviviente, DFyP 2017 (noviembre), 14-11-17, 150.
- FERRER, Francisco A. M., Sucesión del conviviente: DFyP 2017 (noviembre), 14/11/2017, 150 – LA LEY 22/05/2018, 22/05/2018, 1.
- FERRER, Francisco A.M., Tratado de Sucesiones, Tomo IV, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022.
- FOUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, La Ciudad Antigua, Ciudad Argentina, Bs. As. 1998.
- GOYENA COPELLO, Tratado del Derecho de Sucesión, La ley, Bs. As., 2007, p.149.
- LACRUZ - ALBALADEJO, Derecho de sucesiones, p.50.
- LAS CONCLUSIONES DEL X CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA, COMISIÓN 1, p.104, 120 y nota 70.
- LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga, FARAONI, Fabian, Uniones convivenciales, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.
- LLOVERAS, Nora, SALOMON, Marcelo, Tratado de Derecho de Familia, La Ley, Bs.As., 2015, t. I.
- MAFFIA, Manual de Derecho Sucesorio, Lexis Nexis, Bs.As. 2005, t.I.
- MAZZINGHI, Jorge A. Derecho de familia, Bs.As. Abeledo Perrot, 1971.
- MENDEZ COSTA, María Josefa Los principios jurídicos en las relaciones de Familia, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.
- PELLEGRINI, María Victoria, Las Uniones Convivenciales Ed. Erreius, Bs.As. 2017.
- RIVERA, Julio C. MEDINA, Graciela Código Civil y Comercial de la Nación Comentario, La Ley, Bs. As. 2014, t. II.
- ROSATTI, Horacio, El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016.
- ROSATTI, Horacio, El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p.21.
- VÉLEZ en la nota al art. 3565 del CC explicitaba “la razón natural, como una ley tácita, afecta a los hijos a la herencia de sus padres y los llama a una sucesión que les es debida”.
- VILLAGRA DE VIDAL, Raquel, La indignidad por incumplimiento del deber de solidaridad familiar, Ponencia presentada en la Comisión n° 7 Exclusión de la vocación hereditaria en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1, 2 y 3 de octubre 2015, Bahía Blanca, Buenos Aires.
- ZANNONI, Eduardo A., Derecho de las Sucesiones, Ed. Astrea, 1998, t. I, p. 37.



# LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES CON UNA PARTE NEGOCIALMENTE DÉBIL: DESAFÍOS INHERENTES Y POSIBLES SOLUCIONES<sup>1</sup>

## PARTY AUTONOMY IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS WITH A WEAK BARGAINING PARTY: INHERENT CHALLENGES AND POSSIBLE SOLUTIONS. REPORT AND RECOMMENDATIONS ON GOOD PRACTICES

Cecilia Fresnedo de Aguirre<sup>2</sup>

### RESUMEN:

I. Necesidad de subsanar la escasa o nula atención que en general se presta a los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil. a) Distinción entre contratos de libre discusión y contratos con cláusulas estándar no negociadas. b) La labor del Comité Jurídico Interamericano de la OEA. c) La utilidad práctica del documento elaborado por el CJI para los operadores jurídicos. II. Los contenidos del documento del CJI. a) Presentación del tema. b) Argumentos a favor y en contra de la admisión de la autonomía conflictual en los contratos de adhesión. III. El cuestionario y sus respuestas como base del Informe y sus Recomendaciones y otras consideraciones. a) El objetivo del cuestionario circulado a can cillerías y especialistas por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA. b) El *feedback* recibido a través de las respuestas al cuestionario. c) Otras consideraciones. IV. Recomendaciones y posibles Buenas Prácticas respecto de contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil. a) Objetivos

1 Ponencia presentada en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2024, Universidad Austral, Comisión N° 9, que se basa en el documento elaborado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA, cuya relatora fue la suscrita. Ver documento completo en [https://www.oas.org/es/sla/cji/temas\\_culminados\\_recientemente\\_Autonomia\\_voluntad\\_contratos\\_comerciales\\_internacionales.asp](https://www.oas.org/es/sla/cji/temas_culminados_recientemente_Autonomia_voluntad_contratos_comerciales_internacionales.asp). Versión impresa en edición.

2 Directora de la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay. Ex Profesora Grado 5 (catedrática) de Derecho Internacional Privado en la Universidad de la República y en la Universidad Católica del Uruguay. Profesora de posgrados en las referidas universidades y en la Universidad de Montevideo, así como en diversas universidades extranjeras. Profesora en la Academia de La Haya de Derecho Internacional (2015). Vicepresidenta del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, Miembro del *Institut de Droit International*, Miembro Fundadora de ASADIP, Miembro de número fundadora de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay, entre otras membrecías. Autora de numerosos libros y artículos sobre temas de su especialidad. Consultora internacional y árbitro independiente.

de estas recomendaciones y posibles buenas prácticas y su justificación. b) Recomendación 1. Existencia y validez del consentimiento de ambas partes del contrato. c) Recomendación 2. Documentación del acuerdo expreso de elección de ley o de juez y cargada la prueba del consentimiento. d) Recomendación 3. Interpretación general de las cláusulas de elección de foro y/o ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes. e) Recomendación 4. Interpretación específica de las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión o equivalentes. f) Recomendación 5. Aceptación de la cláusula de elección de foro incluida en contratos de adhesión o equivalentes por la parte que adhiere. g) Recomendación 6. Interpretación específica de las cláusulas de elección de ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes. h) Recomendación 7. Justicia sustantiva en el caso concreto. i) Recomendación 8. Leyes de policía, de aplicación inmediata o necesaria. j) Recomendación 9. Orden público internacional. V. Conclusiones.

#### ABSTRACT

I. Need to correct the little or no attention that is generally paid to international commercial contracts with a weak bargaining party. a) Distinction between international commercial contracts free discussion contracts and international commercial contracts with standard clauses. b) The work of the Inter-American Juridical Committee of the OAS. c) The practical usefulness of the document prepared by the IAJC for legal operators. II. The contents of the IAJC's document. a) Presentation of the topic. b) Arguments for and against the admission of conflict autonomy in adhesion contracts. III. The questionnaire and its responses as the basis of the Report and its Recommendations and other considerations. a) The objective of the questionnaire circulated to chancelleries and specialists by the Department of International Law of the OAS. b) The feedback received through responses to the questionnaire. c) Other considerations. 4. Recommendations and possible best practices in international contracts between merchants with a contractually weak party. a) Objectives and rationale of these recommendations and possible best practices. b) Recommendation 1: Existence and validity of the consent of both parties to the contract. c) Recommendation 2: Documentation of express agreement to the choice of law or judge and burden of proof of consent. d) Recommendation 3: General interpretation of forum and/or law selection provisions included in adhesion contracts or the equivalent. e) Recommendation IV: Specific interpretation of choice-of-forum and/or -law provisions in adhesion contracts or the equivalent. f) Recommendation 5: Acceptance of choice-of-forum provisions in adhesion contracts or the equivalent by the adhering party. g) Recommendation 6: Specific interpretation of choice-of-law provisions in adhesion contracts or the equivalent. h) Recommendation 7: Substantive justice in a specific case. i) Recommendation 8: Policing, mandatory, or necessary laws. j) Recommendation 9: International public policy. V. Conclusions.

**PALABRAS CLAVE:** contratos comerciales internacionales - parte negocialmente débil - contratos de libre discusión - contratos con cláusulas estándar no negociadas - autonomía de la voluntad conflictual - recomendaciones - buenas prácticas.

**KEY WORDS:** international commercial contracts - weak bargaining party - free discussion contracts - contracts with non-negotiated standard clauses - conflict party autonomy - recommendations - good practices.

## **I. Necesidad de subsanar la escasa o nula atención que en general se presta a los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil**

### *a) Distinción entre contratos de libre discusión y contratos con cláusulas estándar no negociadas*

A la hora de elaborar instrumentos tanto de *hard law* como de *soft law*, la doctrina y los foros de codificación se ocupan fundamentalmente de la autonomía de la voluntad en contratos comerciales internacionales negociados o de libre discusión (*free discussion contracts*), en los que las partes negocian sus cláusulas, incluyendo la de elección de la ley aplicable al contrato y también la de la jurisdicción o de la inclusión de una cláusula arbitral. Ello se ve reflejado en el lenguaje utilizado tanto en normas, reglas y principios, como en artículos de doctrina, que utilizan siempre el plural: autonomía de la voluntad de las partes, elección de la ley por las partes, y expresiones similares.

En general se excluyen del régimen autonomista a los contratos con consumidores, con trabajadores, y a veces, los contratos con asegurados, pero rara vez se presta atención a aquellos contratos cuyas partes, aun siendo comerciantes, se encuentran en situación de grave desigualdad, porque una de las partes carece totalmente de poder de negociación. Ello ocurre en general con los contratos con cláusulas estándar en todas sus variantes, contratos de adhesión, contratos con condiciones generales unilaterales impresas, contratos formularios, contratos asimétricos, *B2b contracts* y demás denominaciones.

No obstante, lo anterior no significa por cierto que todas las cláusulas incluidas en condiciones generales de contratos de adhesión y afines sean abusivas y por tanto nulas.

### *b) La labor del Comité Jurídico Interamericano de la OEA*

A los efectos de subsanar las referidas carencias o insuficiencias el CJI abordó el tema, y luego de tres años de intenso trabajo, en el IV Período Extraordinario de Sesiones celebrado en forma virtual el 12 de diciembre de 2023, aprobó el documento titulado "La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones. Informe y Recomendaciones de Buenas Prácticas". Este nuevo instrumento elaborado en el ámbito del CJI viene a complementar lo que tenemos: los instrumentos de *hard law* (Convenciones y leyes nacionales) y de *soft law* (la Guía del CJI sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, los Principios de La Haya sobre los contratos internacionales, entre otros) con que contamos actualmente.

El documento recoge los aportes de las cancillerías y de especialistas de diversos países miembros de la OEA, brindados en reuniones organizadas por la OEA y a través de las respuestas al cuestionario circulado, que se analiza más adelante. Asimismo, en su elaboración la suscrita contó con el apoyo incondicional del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, en especial a través de los Dres. Dante Negro y Jeannette Tramhel, a quienes agradece.

### *c) La utilidad práctica del documento elaborado por el CJI para los operadores jurídicos*

El documento del CJI ofrece a los operadores jurídicos herramientas prácticas para manejarse con respecto a los contratos de adhesión y afines. En especial, contiene recomendaciones y posibles buenas prácticas para que los jueces y árbitros puedan

determinar cuándo las cláusulas contractuales, particularmente las de elección de ley y foro, son abusivas o excesivamente perjudiciales para la parte que adhiere al contrato.

## II. Los contenidos del documento del CJJ

### *a) Presentación del tema*

El informe del CJJ se focaliza en las cláusulas de elección de ley y/o de juez (o árbitro) incluidas habitualmente en las condiciones generales de los contratos internacionales de adhesión celebrados entre comerciantes. No obstante, se incluyen referencias a contratos domésticos, a contratos con consumidores, trabajadores y asegurados, entre otros, así como a otras cláusulas generalmente incluidas en los contratos de adhesión, como las de limitación o exoneración de responsabilidad. Ello se debe a que el desequilibrio en el poder de negociación -o mejor dicho, ausencia del mismo- que se da en los contratos de adhesión existe no sólo en los contratos internacionales comerciales, sino también en los domésticos, así como en los civiles.

La característica principal de estos contratos, cualquiera sea su denominación, es que una de las partes puede establecer unilateralmente las condiciones del contrato, incluyendo la elección de ley y/o de juez (o arbitraje), mientras que la otra, aun siendo comerciante, con experiencia y con asesoramiento profesional, no tiene otra opción más que adherir a las condiciones que se le presentan o no contratar. Es lo que en la doctrina estadounidense se conoce como "*take-it-or-leave-it contracts*". Esta situación se ve agravada cuando las condiciones generales constituyen una oferta monopólica en el sector del comercio a que pertenecen.

### *b) Argumentos a favor y en contra de la admisión de la autonomía conflictual en los contratos de adhesión*

La autonomía de la voluntad conflictual implica un acuerdo de voluntades, por lo que lo que se cuestiona en los contratos con cláusulas estándar, de adhesión y modalidades análogas es la existencia misma del consentimiento por parte de quien adhiere, en particular respecto de las cláusulas de elección de ley y/o juez, incorporadas en sus condiciones generales preimpresas.

A favor de la admisión de la autonomía conflictual en contratos de adhesión se ha dicho que ello es indispensable en los contratos de oferta masiva, donde resulta imposible la negociación individual de las cláusulas de cada contrato. Además, se sostiene que los comerciantes contractualmente débiles pueden estar a veces deseosos de aceptar los términos de los contratos de adhesión porque ello implica menores costos y mayor celeridad en la contratación, porque hacen que las transacciones comerciales internacionales sean mucho más eficientes en términos de tiempo y dinero. Ello puede ocurrir en algunos casos, cuando las cláusulas no son abusivas y no perjudican gravemente los intereses de quién adhiere. En esos casos, el comerciante que adhirió probablemente recurrirá a la jurisdicción establecida en las condiciones generales, y no discutirá la ley allí establecida como aplicable al contrato.

El problema se plantea cuando, surgido el diferendo, el comerciante que adhirió se enfrenta a una cláusula que le impone litigar en un foro que le resulta inaccesible o muy perjudicial, ya sea porque el costo de litigar en él supera el monto a reclamar o no amerita el gasto, o por otros motivos. En esos casos, aunque la utilización de cláusulas

de ley y juez predisuestas unilateralmente haya garantizado una contratación eficiente en términos de tiempo y dinero, no garantizará una rápida y económica solución del diferendo. Existen incontables ejemplos en que se discute largamente la validez o nulidad de las referidas cláusulas, incluso en contratos de libre discusión<sup>3</sup>. Dicha realidad echa por tierra también el argumento de la certeza que supuestamente brindaría la autonomía de la voluntad conflictual.

Con respecto a la ley, es evidente que si una de las partes puede elegir unilateralmente la ley reguladora del contrato, elegirá aquella cuyas soluciones sean más favorables a sus intereses (plazos de caducidad o prescripción, límites de responsabilidad, etc.). Claro que ello no es necesariamente así.

Nótese que el solo hecho de que exista desigualdad en el poder de negociación o falta de negociación no invalida una cláusula de elección de ley o de juez; para que ello ocurra, la cláusula debe ir en detrimento de la parte más débil<sup>4</sup>. Es al legislador primero, y al juez o árbitro cuando se llega a la etapa contenciosa, a quienes corresponde evitar abusos a este respecto. Lo que parece claro es que no se le puede dar el mismo tratamiento a las cláusulas de un contrato libremente negociado por las partes que a las cláusulas estándar de un contrato asimétrico, en particular cuando dichas cláusulas son abusivas o gravemente perjudiciales para los intereses de quien adhiere. Hacerlo sería injusto.

### **III. El cuestionario y sus respuestas como base del informe y sus recomendaciones y otras consideraciones**

*a) El objetivo del cuestionario circulado a can cillerías y especialistas por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA*

El objetivo del cuestionario elaborado por la suscrita relatora como primer paso para comenzar a trabajar en el tema del Informe y sus recomendaciones fue recabar información acerca de cuestiones tales como la existencia o no de legislación autónoma o convencional sobre la temática en los diversos Estados miembros de la OEA, los principales criterios doctrinarios al respecto en dichos países, sus tendencias jurisprudenciales, y si consideraban que las soluciones existentes en la materia eran adecuadas y suficientes o no.

*b) El feedback recibido a través de las respuestas al cuestionario*

Sintéticamente, cabe reseñar aquí lo siguiente:

- En el ámbito de la OEA coexisten diversos instrumentos convencionales que regulan la autonomía de la voluntad conflictual en materia de ley aplicable y jurisdicción competente respecto de los contratos internacionales, todos con ámbitos de aplicación espacial diferente, sin perjuicio de algunas superposiciones. Alguno de esos instrumentos prohíbe la autonomía conflictual, o no la admiten claramente, otros la prohíben, aunque con excepciones, otros la admiten, aunque siempre dentro de un marco regulador, que establece limitaciones y requisitos para que ella sea posible. Algunos la admiten, pero refieren sólo a algunas modalidades contractuales puntuales.

---

<sup>3</sup> Este fue el caso, por ejemplo, de *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* :: 407 U.S. 1 (1972), las partes litigaron durante años en varias instancias a los efectos de determinar si la cláusula de elección de foro era válida o no.

<sup>4</sup> Eugene F. SCOLES & Peter HAY, *Conflict of Laws*, Hornbook Series, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982, p. 640-641

- En general el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual por las partes, tanto respecto de foro como de ley, está sujeto a un cierto marco regulador, a veces más laxo y otras más estrecho.
- En general todos los sistemas tanto autónomos como convencionales excluyen algunas categorías de contratos internacionales de la facultad de las partes de elegir foro y/o ley, o la limitan. Las exclusiones más habituales refieren a los contratos internacionales de consumo, de seguros, de transporte de mercaderías; también en algunos países se excluyen los contratos internacionales de agencia comercial, de franquicia, de distribución y relativos a la actividad minera.
- Ante el interrogante de si los contratos comerciales internacionales de adhesión y afines en que ambas partes son comerciantes tienen alguna regulación especial, las situaciones varían en los distintos derechos convencionales y autónomos, así como en los instrumentos de *soft law*.
- La inexistencia, o en el mejor de los casos insuficiencia de normas que contemplen la problemática objeto del documento del CJI, que se constata en la mayoría de los países y sistemas convencionales referidos en el Informe, hace necesario su regulación. En general, los especialistas consultados a través del cuestionario han admitido que la legislación existente en este punto es insuficiente y que debería adecuarse.

### c) Otras consideraciones

El Informe desarrolla otras consideraciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias relevantes, que sólo mencionaré en esta ponencia, remitiéndome en cuanto a su desarrollo al documento completo publicado por el CJI en su página web. Las referidas consideraciones son las siguientes:

- El DIPr no puede ignorar el imperativo de proteger a la parte negocialmente débil, aunque éste sea comerciante.
- Necesidad de regular la autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil.
- Formas de proteger a las partes débiles.
- Leyes sobre abuso de posición dominante.
- Contratos “desequilibrados”.
- Principio de libertad y principio de igualdad.
- Grandes y pequeños o medianos comerciantes. “Contratos B2B y contratos B2b”
- Cláusulas abusivas y desigualdad de poder de negociación.
- La buena fe en la contratación y el orden público.
- El rol del legislador y de los jueces: justicia formal y sustantiva.
- Contratos con cláusulas estándar, de adhesión y sus variantes.
- Las cláusulas libremente consentidas por ambas partes y las estipuladas unilateralmente.
- El justo equilibrio.
- Los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y su relevancia para el Informe del CJI.
- Los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de La Haya y su relevancia para el tema objeto del Informe del CJI.

#### **IV. Recomendaciones y posibles buenas prácticas respecto de contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil**

##### *a) Objetivos de estas recomendaciones y posibles buenas prácticas y su justificación*

El objetivo del Informe y recomendaciones de posibles buenas prácticas sobre Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil es profundizar sobre un tema en general desatendido tanto por los instrumentos de *hard law* como de *soft law*.

El Informe pretende complementar los mecanismos generales ya existentes para evitar abusos de la parte contractualmente fuerte sobre la débil (las normas de policía, de aplicación inmediata o necesaria, la excepción de orden público internacional y el fraude a la ley) y las escasas normas especiales existentes sobre el tema, por entender que se trata de protecciones insuficientes.

El Informe ofrece a los operadores jurídicos -jueces, árbitros, abogados, entre otros- recomendaciones y sugerencias con respecto a las cláusulas de elección de ley y juez en los contratos de adhesión o cualquier otra forma de contrato asimétrico. Dichas recomendaciones y sugerencias podrán ser utilizadas para interpretar las escasas normas específicas existentes y particularmente en ausencia de normas que refieran a contratos comerciales internacionales asimétricos.

El Informe y las recomendaciones y sugerencias con que este concluye, responde a la constatación de que en general las normas de Derecho internacional privado tanto convencionales como autónomas que regulan los contratos internacionales están pensadas para los contratos “de libre discusión”, y no para los contratos de adhesión.

En los contratos comerciales internacionales de adhesión, el comerciante que adhiere está en situación idéntica o al menos muy similar o equivalente a la del consumidor que adhiere, ya que en ninguno de los dos casos quien adhiere puede negociar las condiciones unilaterales establecidas por la otra parte. No obstante, no todos los sistemas jurídicos admiten extender las normas de protección del consumidor a los comerciantes.

La inexistencia, o en el mejor de los casos insuficiencia de normas que contemplen esta problemática, que se constata en la mayoría de los países –y sistemas convencionales- hace necesario este Informe y sus recomendaciones y sugerencias, para que opere como un instrumento útil de *soft law*, ofrecido por el Comité Jurídico Interamericano a los operadores jurídicos.

Cabe señalar que las recomendaciones que aquí se formulan están en concordancia con Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, OEA, 2019, cuyo relator fue el Prof. Dr. José A. Moreno Rodríguez.

##### *b) Recomendación 1. Existencia y validez del consentimiento de ambas partes del contrato*

“Se recomienda que las cláusulas de elección de ley y/o juez hayan sido consentidas de manera efectiva y válida por todas las partes del contrato. Se recomienda que el juez o árbitro constate en cada caso concreto y de acuerdo a las circunstancias del caso la existencia o no de los elementos de validez del consentimiento de ambas partes respecto de la cláusula de elección de ley y/o juez.”

A los efectos de determinar si existió o no consentimiento válido de la parte que adhiere a las condiciones generales, y específicamente a las cláusulas de elección de ley y juez contenidas en ellas, se analizará en especial si no fue obtenido en forma abusiva, teniendo en cuenta el caso concreto, de conformidad con la *lex fori* (Fuente: el art. 4 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, Buenos Aires, 5 de agosto de 1994. CMC/Dec. 1/94.)

Se tendrá en cuenta también si dichas condiciones son de oferta monopólica, careciendo quien adhiere de la posibilidad de elegir otras condiciones.

Que la cláusula de elección de ley o de juez sea claramente desfavorable a la parte que adhiere será un indicador de la ausencia de consentimiento de su parte.

El acuerdo puede ser expreso o tácito, siempre que se desprenda en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto (art. 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994).

Esta regla es armónica con el art. 3.a) del Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro (La Haya, 2005), que define al "acuerdo exclusivo de elección de foro" como "un acuerdo celebrado por dos o más partes", lo que excluye las cláusulas redactadas unilateralmente por una de las partes e incluidas en condiciones generales pre impresas.

En los casos en que se pretenda hacer valer las cláusulas de elección de juez y/o ley frente a terceros, se aplicará el mismo criterio: el tercero debe consentir la respectiva cláusula. De lo contrario, las referidas cláusulas no le serán imponibles.

Si el juez (o el árbitro) concluye que la cláusula de elección de ley y/o juez no es válida, determinará la ley aplicable y/o la jurisdicción internacionalmente competente de conformidad con las normas de DIPr que resulten aplicables, a falta de elección válida. Dichas normas de DIPr serán convencionales, o en su defecto, las normas de DIPr nacionales o autónomas del Estado del foro. No habrá una "ruptura" del acuerdo de elección de foro y/o de ley, sencillamente porque ese acuerdo no es válido.

*c) Recomendación 2. Documentación del acuerdo expreso de elección de ley o de juez y cargada la prueba del consentimiento*

"Se recomienda que el acuerdo expreso de elección de ley o de juez se documente por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que pueda ser accesible para su ulterior consulta. La carga de la prueba de que existió consentimiento libre por ambas partes corresponde a la parte que redactó el contrato de adhesión."

Esta recomendación se inspira, entre otras fuentes, en el art. 3.c) del Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro (La Haya, 2005) y en el art. 4 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, de 5 de agosto de 1994. CMC/Dec. 1/94, y es acorde con la legislación de varios países, como por ejemplo de Argentina (art. 2607 CCCN), Brasil (art. 63(3) del CPC), Uruguay (art. 60 de la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920) y República Dominicana (art. 18.II de la Ley N° 544-14).

El hecho de que la cláusula de elección de ley y/o juez conste por escrito no es suficiente

para que exista consentimiento válido de ambas partes. Encontramos en el derecho comparado, que el escrito no firmado no implica consentimiento, sino que éste se manifiesta a través de la firma u otra forma comprobable de la voluntad de la parte. Como ha dicho la jurisprudencia, “los impresos por sí solos a nadie obligan”<sup>5</sup>. De todas formas, se reitera que estas Recomendaciones no son vinculantes.

Además, la recomendación propuesta se inspira en un instrumento universal de *soft law*, como son los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, ya analizados supra, en especial en el Comentario 3 a los arts. 2.1.20 a 22, y en el art. 2.1.20.

*d) Recomendación 3. Interpretación general de las cláusulas de elección de foro y/o ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes*

“Se recomienda que, al interpretar las cláusulas de elección de foro y/o ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes, se tenga en cuenta que los sistemas autonomistas han sido diseñados para regular contratos paritarios o de libre discusión, y se recurra, cuando se entienda necesario, a los mecanismos que ofrece el Derecho Internacional Privado (excepción de orden público internacional, excepción de fraude a la ley, normas de aplicación necesaria, etc.) para mitigar las posibles injusticias o desequilibrios que se podrían derivar de la aplicación del sistema autonomista pleno a los contratos de adhesión o equivalentes.”

Es al juez o árbitro a quien corresponde hacer justicia en el caso concreto, no sólo justicia formal sino también justicia material o sustantiva, y mantener un equilibrio mínimamente garantista en el contrato.

El sólo hecho de que exista desigualdad en el poder de negociación o falta de negociación no invalida una cláusula de elección de ley; para ello es necesario que la cláusula vaya en detrimento de la parte más débil<sup>6</sup>, lo que puede ser un buen criterio para el aplicador del derecho a la hora de interpretar y evaluar las cláusulas de elección de ley y/o juez.

*e) Recomendación 4. Interpretación específica de las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión o equivalentes*

“Se recomienda que las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión que impidan o dificulten<sup>7</sup> el acceso a la justicia a la parte que adhiere, no sean consideradas oponibles a este último.”

El acceso a la justicia efectiva es un principio fundamental de reconocimiento universal, receptado expresamente en varias convenciones y otros instrumentos de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6), los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS), y también en las Constituciones nacionales.

Asimismo, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha reconocido “Que ampliar el acceso a la justicia es fundamental para el pleno ejercicio de los derechos

5 El magistrado Dr. Almirati sostuvo: “en tanto la legislación nacional no sea modificada, las obligaciones entre las partes, cualquiera sea su origen, emanan de su expresión de voluntad expresada con la firma del documento del caso o documento anexo debidamente identificado. Los impresos por sí solos, a nadie obligan”, en Sentencia N° 147, 24/5/988, Uruguay, publicada en Revista de Transporte y Seguros N° 2, 1989, caso N° 19, p. 47.

6 Eugene F. COLES & Peter HAY, Conflict of Laws, Hornbook Series, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982, p. 640-641.

7 Sugerencia de la Dra. Carolina Iud, Asesora Jurídica de la Cancillería argentina, en reunión de setiembre de 2022.

humanos y la gobernabilidad democrática; asimismo, es indispensable en el marco de estrategias exitosas de seguridad ciudadana, así como para la eliminación de la pobreza y la desigualdad”<sup>8</sup>.

En consecuencia, una cláusula de elección de foro incluida unilateralmente en condiciones generales u otras modalidades de contratos de adhesión que, en caso de producirse un diferendo, impida el acceso a la justicia a la parte que adhiere al contrato, no puede ser válida.

*f) Recomendación 5. Aceptación de la cláusula de elección de foro incluida en contratos de adhesión o equivalentes por la parte que adhiere*

“Se recomienda que las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión sean consideradas válidas y ejecutables cuando la parte que adhiere las acepte expresamente. En este caso, quien redactó las condiciones generales del contrato no podrá oponerse a dicha aceptación y a la aplicación de la respectiva cláusula.”

Dicha aceptación puede ser expresa o manifestarse mediante la presentación de la demanda ante el foro elegido en la cláusula. En este caso, la ausencia inicial de consentimiento se subsana en una etapa posterior a la celebración del contrato. Esta recomendación se inspira en las diversas normas convencionales y autónomas que admiten la elección de ley o juez en cualquier etapa de la vida del contrato. Así, por ejemplo, el art. 8 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, art. 45 de la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 de Uruguay, entre otras.

*g) Recomendación 6. Interpretación específica de las cláusulas de elección de ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes*

“Se recomienda que no se les reconozca eficacia a las cláusulas de elección de ley incluidas en contratos con cláusulas estándar o de adhesión que favorezcan a quien emitió unilateralmente las condiciones generales en las que la cláusula fue incluida, perjudicando a la parte que adhiere, a menos que la parte que adhiere acepte expresamente la aplicación de dicha ley. En caso de duda, las referidas cláusulas deberían ser interpretadas *contra proferentem*.”

Esta Recomendación se inspira en el art. 4.6 (Interpretación *contra proferentem*) de los Principios de UNIDROIT, que resulta de particular relevancia respecto de los contratos de adhesión y análogos, que son redactados por una sola de las partes.

En caso de invalidez de la cláusula de elección de ley, el juez procederá como es de rigor en estos casos, conforme a sus normas de conflicto.

*h) Recomendación 7. Justicia sustantiva en el caso concreto*

“Se recomienda que el juez (o árbitro) rechace la aplicación de cualquier cláusula de elección de ley (o juez) inserta en las condiciones generales de un contrato comercial internacional de adhesión, si aplicarla resultara en una situación desequilibrada o manifiestamente adversa para quien adhiere.”

---

8 AG/RES. 2703 (XLII-O/12) FORTALECIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES DEL PROGRAMA INTERAMERICANO DE FACILITADORES JUDICIALES (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012). Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES\\_2703\\_XLII-O-12.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2703_XLII-O-12.pdf)

Esta recomendación se basa en el comentario (b) a la sección 187 del *Restatement (Second) on Conflict of Laws*, en el art. 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979), y en el art. 11 de la LGDIPR N° 19.920 de Uruguay.

*i) Recomendación 8. Leyes de policía, de aplicación inmediata o necesaria*

“Se recomienda que en ningún caso las cláusulas de elección de foro o de ley incluidas en contratos comerciales internacionales de adhesión o asimétricos constituyan un impedimento para la aplicación de las disposiciones imperativas del foro. Se sugiere que se tomen en cuenta también las disposiciones imperativas de otros foros con los cuales el contrato tenga vínculos relevantes a criterio del juez actuante<sup>9</sup>.”

*j) Recomendación 9. Orden público internacional*

“Se recomienda que en ningún caso se les reconozca eficacia a las cláusulas de elección de foro o de ley incluidas en contratos comerciales internacionales de adhesión o asimétricos cuya aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público internacional del foro.”

Esta regla se inspira en la Recomendación 17.1 de la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas elaborada por el Comité Jurídico Interamericano, OEA. Está en línea, además, con el artículo 18 de la Convención de México sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y el artículo 11 de los Principios de La Haya.

## V. Conclusiones

1. El tema objeto de esta ponencia ha sido poco explorado en todos los niveles, legislativo, jurisprudencial y doctrinario. Los especialistas consultados por la suscrita durante el proceso de elaboración del documento del Comité Jurídico Interamericano de la OEA (CJI) del mismo título que esta ponencia, coincidieron en que no existen respuestas frente a la problemática que plantea la autonomía de la voluntad conflictual respecto de contratos asimétricos entre comerciantes, o que si las hay son insuficientes o inadecuadas. La mayoría de los referidos especialistas reconocen la necesidad o conveniencia de atender esta situación. Ello sin perjuicio de reconocer el valor de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales.
2. En general, las normas de Derecho internacional privado tanto convencionales como autónomas que regulan los contratos internacionales están pensadas para los contratos “de libre discusión”, contratos en que ambas partes tienen poder de negociación equivalente, aunque no sea idéntico, y no para los contratos con cláusulas estándar, asimétricos, de adhesión, o análogos, en que una parte establece las condiciones y la otra adhiere o no, sin posibilidad de negociar o discutir las cláusulas pre establecidas unilateralmente.
3. No puede afirmarse sin más que en el ámbito de la OEA se admite la autonomía de la

---

<sup>9</sup> Sugerencia de la Dra. Carolina Iud, Asesora Jurídica de la Cancillería argentina, en reunión de setiembre de 2022.

voluntad conflictual en materia de elección de ley y juez, porque sería muy simplista. Se admite en algunos casos y en otros no, siempre bajo ciertas condiciones y con algunas exclusiones.

4. En general los textos existentes no hacen referencia a los contratos comerciales con parte débil.
5. En el ámbito de la OEA el arbitraje, basado en la autonomía de la voluntad, es ampliamente admitido, dentro del marco regulador establecido por los varios instrumentos internacionales que coexisten en la región.
6. La mayoría, o al menos varios de los países de la OEA, admite los acuerdos de elección de foro y de ley, aunque siempre dentro de un marco regulador cuya amplitud varía de un Estado a otro.
7. En general todos los sistemas tanto autónomos como convencionales excluyen algunas categorías de contratos internacionales de la facultad de las partes de elegir foro y/o ley, o la limitan.
8. Para subsanar la situación descrita, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA aprobó por unanimidad el documento a que refiere, sintéticamente<sup>10</sup>, esta ponencia.

---

### Referencias Bibliográficas

- AG/RES. 2703 (XLII-O/12) FORTALECIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES DEL PROGRAMA INTERAMERICANO DE FACILITADORES JUDICIALES (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012). Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES\\_2703\\_XLII-O-12.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2703_XLII-O-12.pdf)
- ALMIRATI, Magistrado; en Sentencia N° 147, 24/5/1988, Uruguay, publicada en Revista de Transporte y Seguros N° 2, 1989, caso N° 19, p. 47.
- IUD, Sugerencia; Asesora Jurídica de la Cancillería argentina, en reunión de setiembre de 2022.
- SCOLES, Eugene F. & HAY, Peter; Conflict of Laws, Hornbook Series, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982.
- The Bremen v. Zapata Off-Shore Co. :: 407 U.S. 1 (1972).

---

<sup>10</sup> Ver texto completo en: [https://www.oas.org/es/sla/cji/temas\\_culminados\\_recientemente\\_Autonomia\\_voluntad\\_contratos\\_comerciales\\_internacionales.asp](https://www.oas.org/es/sla/cji/temas_culminados_recientemente_Autonomia_voluntad_contratos_comerciales_internacionales.asp)

# CONTRATO, PRINCIPIOS Y MUTUO EN EL DERECHO ROMANO Y SU INFLUENCIA EN EL CCCN

## CONTRACT, PRINCIPLES, AND LOAN IN ROMAN LAW AND ITS INFLUENCE ON THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF THE NATION (CCCN)

---

**Fabio Isaac Arriagada<sup>1</sup>**

---

### RESUMEN:

Por un lado, quisimos aproximarnos al despeje de las dudas planteadas en torno a la clasificación de *Gayo* sobre los contratos y el concepto genérico que lo separa de las convenciones.

En ese piso de marcha resulta fundamental realizar una breve referencia al tratamiento de los principios del derecho romano, por la influencia que han ejercido en la redacción del CCCN, especialmente en los criterios de interpretación de la voluntad o intención de las partes contratantes, que debe ser valorada y respetada.

Por último, veremos, cómo es que se aparta el mutuo, de la clasificación de contrato real, abrevando para ello en el tratamiento de los denominados “negocios obligacionales”. Respecto de los cuales el CCCN, nos brinda, un desarrollo jurídico adecuado, con el análisis concreto y particularizado, de cada especie de estos “prestamos”, que, por su especificidad, tiene un funcionamiento propio.

### ABSTRACT

On the one hand, we wanted to approach the clarification of the doubts raised about *Gayo*' classification of contracts and the generic concept that separates it from conventions.

On this basis, it is essential to make a brief reference to the treatment of the principles of Roman law, due to the influence they have had on the drafting of the CCCN, especially in the criteria of interpretation of the will or intention of the contracting parties, which must be valued and respected.

Finally, we shall see how the mutual departs from the classification of a real contract, drawing on the treatment of the so-called “obligatory business”. With respect to which the CCCN provides us with an adequate legal development, with the concrete and particularized analysis of each species of these “loans”, which, due to their specificity, have their own operation.

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Romano en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Profesor Titular de Derecho Romano en la Universidad del Este, Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Romano en la Universidad Nacional de La Plata, Director del Instituto de Derecho Antiguo y Comparado de la Universidad del Este.

PALABRAS CLAVE: contrato, mutuo, derecho romano, derecho civil, Gayo, principios del derecho.

KEY WORDS: contract, mutual, Roman law, civil law, Gaius, principles of law.

## I. Introducción

Con el presente trabajo, intentaremos, con la profundidad que el tema permite, dado el acotado espacio de la publicación, realizar una revisión, a partir de las fuentes romanas, sobre tres aspectos relacionados con los contratos, que, a nuestro criterio, merecen principal atención a partir de la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

Por su actualidad y relevancia, en materia contractual, creemos oportuno detenernos, en el análisis de tres instituciones: a) sobre los contratos a partir de la clasificación de Gayo de las obligaciones; b) sobre los principios del derecho romano en materia contractual y c) sobre los préstamos y el contrato de mutuo.

Trataremos de focalizar el planteo de las cuestiones en crisis, brevemente y sin ambages.

## II. Sobre los contratos a partir de la clasificación de Gayo de las obligaciones

Según Gayo (III,88)<sup>2</sup> -que abre así su exposición del derecho de obligaciones- *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*.

Para "nuestro Gayo"- como decía Justiniano- , ésta constituye - a tenor de sus propias palabras- la *summa divisio* de las fuentes de las obligaciones. Es sabido que el sentido que Gayo quiere dar a *summa divisio* es el más general, que incluye a todas las obligaciones posibles sin exceptuar ninguna, del mismo modo que cuando habla de *summa divisio personarum* el jurista se refiere a que "todos los hombres o son libres o son esclavos", o cuando trata la *summa divisio rerum* incluye a todas las *res* que son *divini aut humani iuris*.

Por lo que respecta a la controvertida cuestión sobre el origen de la bipartición gayana de las fuentes de las obligaciones, las posiciones doctrinales son de gran disparidad debido a la falta de fuentes que aseguren directamente la existencia de una clasificación similar perteneciente a algún jurista anterior a Gayo.

Se dijo que Gayo, pudo recibir la influencia de algún otro jurista, sobre todo si pensamos que no era un jurista original y profundo; con todo, parece mucho más prudente dejar en suspenso esto último al no existir prueba segura de cuál fue la supuesta obra que pudo tener influencia en la *Institutiones*.

La bipartición gayana se fundamenta, pues, en la contraposición entre *contractus* y *delictum*: una persona es deudora de otra, o porque así lo han convenido de común acuerdo, o porque la primera ha realizado contra la segunda un acto ilícito que debe reparar.

A tenor de la terminología de la era gayana *contractus* es sinónimo de "acuerdo de voluntades" y el propio Gayo (III, 89)<sup>3</sup> distingue cuatro tipos de los mismos: I) contratos

2 GAYO, *Institutas*, Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Abeledo-Perrot, 5° Ed., Buenos Aires, 1997, p.445.

3 GAYO, *Institutas*, Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Abeledo-Perrot, 5° Ed., Buenos Aires, 1997, p.448.

reales (*re contrahitur obligatio*), en los que la obligación surge por la entrega de la cosa; II) contratos verbales (*verbis contrahitur obligatio*), que para la producción de la obligación requieren la pronunciación de ciertas palabras; III) contratos literales (*litteris contrahitur obligatio*), perfeccionados por la forma documental; IV) contratos consensuales (*consensu contrahitur obligatio*), en los que la obligación nace por el simple consentimiento sin forma.

Esta cuatripartición debe ser originaria del propio Gayo, pues parece improbable que el jurista la tomara en esos precisos términos de autores anteriores, aunque estaría lejos de la realidad creer que carezca de entronque con el pensamiento de la jurisprudencia precedente.

Por otra parte, en su clasificación de las fuentes de las obligaciones en sentido estricto, se encuentran protegidas por acciones personales civiles cuya fórmula llevaba el verbo *oportere* en la *intentio*, bien solo o bien acompañado, en determinadas ocasiones, de la cláusula de buena fe: *oportere ex fide bona* o equivalente.

La noción de *contractus* del *ius civile*, que Gayo refleja en su cuatripartición, está, pues, encuadrada en el binomio *actio-obligatio* civiles.

Gayo deja en la referida cuatripartición dos concepciones distintas de la idea contractual. La primera y más antigua se refleja en los tres primeros miembros de la cuatripartición gayana (*obligationes re, verbis, litteris contractae*) que parecen tener como eje la idea de *contrahere obligationem*.

En cambio, en el cuarto miembro de la cuatripartición las *obligationes consensu contractae*, responden a la idea de *contrahere negotium*, que procede de otra línea evolutiva, los *iudicia bonae fidei*, que reflejan una condición bilateral y sinalagmática de la *obligatio* y que tienen su sede en el título XIX del *Edictum* (*De bonae fidei iudiciis*), cuya rúbrica original quizá tuvo su sede en el *Edictum peregrino*.

Por ende, la inserción de las *actiones bonae fidei* en la cuatripartición gayana de los contratos, quizá se deba a la fusión de los edictos urbano y peregrino, puesto que, en éste se hallarían las *obligationes* que exigían una *bona fides* recíproca: *quidquid alterum alteri dare facere oportet ex fide bona*. Esta mención de reciprocidad de la *obligatio ex fide bona* rompió el binomio *actio-obligatio* civiles y con esta ruptura se superó la tipicidad imperante en el sistema contractual romano.

Así, el *contractus* deja de ser una figura tipificada para convertirse en un concepto genérico que solo se aproxima a la *conventio*. Porque la convención solo contiene deberes y no obligaciones.

Por ello es que sostenemos que es de los contratos de donde surgen verdaderas obligaciones para las partes y no, de las convenciones.

### III. Sobre los principios del derecho romano en materia contractual

Los principios del derecho romano en materia contractual se han visto reflejados exitosamente en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), que entró en vigor a partir del año 2015.

Se ha dicho que los principios, son entendidas como normas generales, universalmente extendidas a cualquier comunidad o cultura.

Pues, al hablar de principios generales del derecho, estos serían los enunciados normativos, que utilizan los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, ya sea para integrar derechos legales o para interpretar las normas jurídicas cuya aplicación resulta al menos dudosa.

Estos principios no siempre han sido integrados formalmente, en todos los ordenamientos jurídicos particulares. A veces los hemos encontrado de manera implícita, pero entendemos que no son externos al ordenamiento, sino que forman parte de él.

Así las cosas, vemos que en el artículo 2 del CCCN sobre: Interpretación, se hace referencia a que:

*«La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta... los principios y valores jurídicos...».*

Conceptos jurídicos indeterminados, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico.

Es innegable que la jurisprudencia, no ha considerado acertado el que se haga una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico.

Pero observamos, que el CCCN, establece reglas de interpretación al regular algunas instituciones o figuras. Como, por ejemplo, en lo que hace a esta ponencia, cuando se refiere a los Contratos en general el art. 963 establece:

*«Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código».*

Otro ejemplo está en los artículos 1094 y 1709, el primero referido a la prelación de normas en los contratos de consumo y el segundo, en la responsabilidad civil.

En materia contractual no podemos dejar pasar el principio tan trascendente incluso para el derecho internacional, como es el llamado *pacta sunt servanda*.

Los romanos hablaban de honrar los pactos, con lo cual generaban la tan ansiada confianza entre las partes, y la proporciona una seguridad en las transacciones. Resultando además la buena fe base del comportamiento en el cumplimiento regular de las convenciones entre las partes. Ambos, han sido exitosamente incorporados al ordenamiento interno.

Los principios tienen amplia aplicación en material contractual en el derecho romano. El juez echa mano a estos principios pudiendo así, aclarar lagunas de la ley o incluso contraponerse a lo estipulado por la norma, siempre y cuando no sean términos irrenunciables. Es con estos criterios de interpretación, que la voluntad o intención de las partes contratantes, necesariamente, debe ser valorada y respetada, en todo aquello

que no contravenga las leyes, como norma suprema en sus relaciones.

También se puede decir, que, en materia contractual, este CCCN, abrevia en la transculturización latinoamericana, al constitucionalizar y convencionalizar el derecho privado, que viven en los invalorable principios generales del derecho, que los romanos nos aportaron.

En síntesis, el CCCN tiene su antecedente cuando Roma, a través del intercambio comercial, fija las bases del derecho mercantil y dispone acerca de la solución de los conflictos que provienen de estos negocios.

Tal el caso de China y la búsqueda hacia el derecho romano que acerque la cuestión comercial con el resto del mundo.

Así, los principios contractuales del derecho privado que persiguió el CCCN, en materia contractual nos evoca al *ius commune* del Derecho Romano, que confluye los principios del *ius civile* y del derecho de gentes en la obra fundamental que fue la obra de los juristas clásicos y fundamentales el *Corpus Iuris Civilis*, como conjunto sistemático de normas del *ius privatum*.

#### **IV. Sobre los préstamos y el contrato de mutuo**

Tradicionalmente se definió el contrato de mutuo, como el préstamo de cosas consumibles o fungibles de una persona, denominada mutuante, a otra persona, denominada mutuario, que está autorizada a consumir o utilizar los objetos recibidos, y luego debe devolver al mutuante una cantidad igual de cosas de misma especie y calidad.

Otra definición dice que habrá contrato de mutuo, cuando un sujeto llamado mutuante, transfiere a otro sujeto llamado mutuario la propiedad de una cierta cantidad de dinero o de otra cosa fungible, y el mutuario se obliga a restituir, al vencimiento del plazo, no la misma cosa, pero sí el "*eiusdem generis et qualitatis*", (del mismo tipo y calidad): se concebían indudablemente entre los contratos de carácter real.

El art. 2240 del Código Civil de Vélez, expresaba:

*"Habrá mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad."*<sup>4</sup>

De conformidad con la nueva definición adoptada por el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 1525, regula que:

*"Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie".*

Con respecto a la controversia desatada en torno a la naturaleza primeramente, deberemos develar, si para el perfeccionamiento del contrato de mutuo, bastará prometer o habrá que entregar alguna cosa.

---

4 La cita de Vélez, tiene su fuente en el derecho romano en I, 3, 14 y D. 12, 1,2 PAULO, Comentario al Edicto libro XXVII.

Atendiendo a los antecedentes, de lo que podría interpretarse, como práctica del consensualismo, en contratos a los que hoy llamaríamos integrados o conexos.

Podríamos dar algunos ejemplos, que aparecen en la jurisprudencia romana: a) el mandatorio: que se retiene sumas anteriormente poseídas en base al mandato, como otra forma de traditio brevis manu y delegatio solvendi; b) la imputación de la misma, dación a persona diferente al actor efectivo de la traditio (relevancia de la conventio para determinar el locus solutionis,); c) el caso de los “mutua cum stipulatione” en el que el mutuo venía contenido en un contrato verbal de stipulatio, con el cual a menudo el mutuario prometía la restitución del capital y los intereses al mismo tiempo, entonces, procedía la restitución de una suma de dinero, que todavía no recibió en mutuo “*non numerata pecunia*”; d) el caso del contrato a través del cual se concedía al (futuro) mutuario una cosa material (ej. un vestido) a fin de que la vendiera y retuviera para sí, en calidad de mutuo aquello que hubiera recibido. Y por último e) el caso de la denominada “*stipulatio de mutuo dando*” y de mutuo accipiendo por el cual el stipulante y el promitente se obligaban recíprocamente a dar y recibir una suma a título de mutuo.

Ahora bien, a partir de la nueva definición del mutuo, del art. 1525 del CCCN, que hemos dado más arriba, es notable, que se ha optado por la idea de que el contrato queda configurado o plasmado consensualmente; esto es, ya no se lo trata más como un contrato real.

La palabra “compromete” supone compromiso o, sencillamente, contracción de una obligación, por lo que el contrato quedaría sellado con la simple asunción de tal empeño. Observe, que del art. 1141 del Código Civil de Vélez (derogado), se desprende que: “Forman la clase de los contratos reales, el mutuo, el comodato, el contrato de depósito y la constitución de prenda y de anticresis”.

Las notas de los arts. 1141 y 1142 del viejo Código Civil resultan muy ilustrativas:

*“En Derecho francés, las convenciones son obligatorias por el solo efecto del consentimiento de las partes, sin necesidad ni de la entrega de la cosa que forma el objeto, ni del cumplimiento del hecho por una de las partes, al cual se hubiese obligado. Bajo este respecto el Derecho francés difiere esencialmente del Derecho romano y del nuestro, cuyas disposiciones reposan sobre el principio contrario, es decir, sobre el principio que el consentimiento no basta por regla general para hacer una convención civilmente obligatoria. Sin embargo, por el Código francés, el comodato, el mutuo, el depósito y la prenda no existen como tales, sino por la entrega de la cosa que forma el objeto, mas por esto, esos contratos no constituyen contratos reales, pues que la simple promesa seguida de aceptación de entregar una cosa a título de comodato, de depósito, de mutuo, o de prenda, es civilmente obligatoria. Véase AUBRY y RAU, § 340; ZACHARIAE, § 610, nota 5ª.”*

Empero, si bien la tradición de la cosa prestada aparece imprescindible en la regulación del Código Civil de Vélez, desde hace mucho, se presenta la idea de que esa exigencia es simplemente de forma y no *ad substantia*, sino que constituiría una presunción que admitiría prueba en contrario.

Es que la práctica del comercio había admitido la llamada “promesa de mutuo”, lo cual

tornó abstracto el debate antes referido, dando al contrato un contorno eminentemente consensual<sup>5</sup>.

Como hemos visto desde antaño, los romanos, también concedían a la “promesa” los efectos propios de los contratos, porque ellos, abrevaban directamente de la realidad.

La doctrina y la jurisprudencia, más moderna, ya concedían a la promesa los efectos propio del contrato, porque para permitir tal equiparación, se había superado la valla del art. 2244 del Código velezano, en cuanto frente a la desatención de la promesa, sólo permitía reclamar el resarcimiento de los perjuicios; pues, por aplicación a contrario del art. 559 del Código de Comercio (también derogado), fue considerado válido el reclamo del mutuario que perseguía el cumplimiento de la promesa esto es la efectiva dación del préstamo.

Decimos que el contrato actual como el romano obedece a una típica función económico social porque se puede observar claramente en el mutuo el tratamiento que se le dio por ejemplo a los intereses.

Trataremos muy brevemente el tema de los intereses, ya que a continuación lo haremos con un poco más de detenimiento, al tratar de la preocupación de los romanos por este tema, pero principiaremos, recordando las épocas históricas y los guarismos establecidos, a fin de evitar que superen, un determinado estándar de aprovechamiento del dinero.

En la época clásica, el interés era del 12 % anual (1% mensual).

Época de la roma-cristiana: a) Se prohibió el establecimiento de intereses por parte de los senadores; b) Se fijó una tasa general del 6% anual.

En la época del emperador Alejandro Severo, se fijó el 6% de interés anual.

Y por último en la época del emperador Justiniano, se estableció el 6% anual.

Una disposición muy interesante fue que en su totalidad no podía exceder el mutuo del capital, y en caso contrario podrían ser repetidos en exceso como indebidos (D.12.6.26.1). Igualmente se prohibía que los intereses vencidos y no pagados se capitalizaran, devengando de este modo nuevos intereses (este sería el caso del anatocismo).

Por último, recordemos también que fue al mutuo con usurae estupaldos, a los que se denominaba “*fenus*”.

Estos intereses significan, no el precio pagado por el capital, sino el precio del uso y una compensación por el riesgo que puede correr el mutuante por la insolvencia del mutuario (*sortis periculum*).

Entonces, tenemos que el mutuo, siempre que esté acompañado de una estipulación, es un negocio “*rei et verebis*”, que en el común de los casos, debe tener un interés.

---

<sup>5</sup> Ejemplo de ello es el denominado “convenio de asistencia financiera” por el cual los mutuantes prometen conceder al mutuario una línea de crédito, bajo ciertas y determinadas circunstancias y al solo requerimiento de éste último.

El texto del Código Civil velezano, no contenía una normativa que facultara al juez a reducir los intereses excesivos.

El art. 771 del CCCN señala la facultad de los jueces en este sentido:

*“Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos”.*

En el derecho romano, recordamos el párrafo del Digesto de Justiniano D.12.6.26pr, rescripto del emperador Alejandro Severo:

*“si paso intereses por más de lo permitido en las leyes, ciertamente no pueden ser repetidos, sino que se han de aplicar al capital; y si después pagó el capital, puede repetir el capital como no debido”<sup>6</sup>*

Como adelantamos, el CCCN., regula al mutuo como contrato consensual, en el art. art. 1525

*“Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie”.*

Recordemos, además, que el mutuante puede no entregar si la situación del mutuario torna incierta la restitución. Excepto en este último supuesto, si el mutuante no entrega la cosa entonces el mutuario puede pedir el cumplimiento o la resolución.

Entonces el mutuo es “oneroso”, excepto pacto en contrario.

Con respecto a la regulación de los intereses en el CCCN podemos decir que, si es dinero, se deben intereses compensatorios (en la misma moneda prestada) y si son otras cosas fungibles, entonces los intereses se liquidan en dinero.

En definitiva, se suprimió en el código la categoría de contratos reales. Solo se establecen dos categorías de contratos de préstamos: mutuo y comodato.

El problema radicaba en que, al ser real, no teníamos contrato de mutuo hasta que no se producía la entrega de la cosa. También es por eso por ejemplo, que se reguló “la promesa de mutuo” en el art. 2244 del Código Civil de Vélez.

Ahora, en cambio, por el art. 971 del CCCN., queda perfeccionado, cuando existe consentimiento, es decir “aceptación de una oferta”.

*“«Formación del consentimiento». Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”.*

---

6 JUSTINIANO, *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Idelfonso García del Corral, ed. Jaime Molina, Barcelona, 1889, p. 711.

Sobre las cosas fungibles, el art. 232 del CCCN señala que son aquellas en que cada individuo de la especie, equivale a otro individuo de la misma especie y, en consecuencia, puede ser sustituido por otro individuo de la misma especie.

Con respecto a la transferencia de la propiedad de la cosa, creemos que, al ser consensual, el contrato de mutuo revestirá el carácter de título para la transmisión de la propiedad, requiriéndose para que este opere, el modo, que consistirá en la tradición posesoria.

Como consecuencia del efecto traslativo de la propiedad, el mutuante debe ser propietario de la cosa, y si no reviste tal carácter al momento de la celebración, deberá adquirirlo al momento de cumplir su obligación.

Por último, al igual que lo establecía el Código velezano y el derecho romano, la transmisión de la propiedad, hace que asuma los riesgos de la cosa, ya que la pérdida, por culpa o caso fortuito, no lo eximirá de su obligación de restituir (*res perit domino*)

Si tenemos que clasificar al contrato de mutuo, diremos además que es bilateral, es gratuito u oneroso (según se pacte o no intereses y el art. 1527 establece expresamente la presunción de onerosidad), es conmutativo, nominado, no formal, de efecto diferido ya que se presume la existencia de un plazo entre la celebración y el cumplimiento.

Finalmente, el art. 1526 del CCCN., trata expresamente sobre la tutela preventiva del mutuante y las facultades del mutuario, esto es, el cumplimiento forzado y la resolución del contrato. Mientras que el art. 1527 trata sobre la onerosidad del mismo.

Finalmente decimos que la cuestión de la clasificación y naturaleza del mutuo ha sido superada.

Por ello, y a modo de cierre de lo aquí analizado, tenemos que, la clasificación en torno al carácter real o consensual del mutuo, ha perdido utilidad.

Anteriormente, hemos analizado como, en el comportamiento de los seres humanos, radicó la utilización del instituto, en sus diferentes épocas.

Otrora el art. 2240 del Código Civil de Vélez, expresaba: Habrá mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad.

La nueva legislación, como dijimos con anterioridad, apoyada en el CCCN, en su art. 1525, regula que: Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie.

Vemos aquí, una diferencia, que resulta de comparar ambos códigos. El que la nueva legislación consagra el carácter consensual del contrato de mutuo, mientras que la anterior lo ubicaba entre los contratos real, aunque claro está, preveía la promesa de mutuo, que era eminentemente consensual.

Ejemplo de ello es el art. 2244 del Código Civil de Vélez: La promesa aceptada de hacer un empréstito gratuito no da acción alguna contra el promitente; pero la promesa aceptada de hacer un empréstito oneroso, que no fuese cumplida por el promitente, dará derecho a la otra parte por el término de tres meses, desde que debió cumplirse, para demandarlo por indemnización de pérdidas e intereses.

Ahora bien, era y es esencial en el mutuo que se trate de cosas fungibles, ya que, a diferencia del comodato en el que se compromete a la devolución de la misma cosa prestada, en el mutuo, se debe devolver otras cosas de la misma identidad.

Por último, las cosas que se entregan producto de la utilización del contrato de mutuo lo hacen en carácter de propiedad.

Quisiéramos no dejar de recordar, por lo avanzado de sus saberes, que sobre el tema, ya se había expresado, mucho antes de la reforma al CCCN., con acertadas conclusiones el maestro Di Pietro, esto es:

*“que mientras que en el espíritu de la Parte general de los contratos se siguen considerando estas distintas situaciones como que se tratara de un contrato entre partes iguales ante la ley y libres de expresar su consentimiento, de tal modo que lo convenido debe ser cumplido, la realidad práctica en que se mueven estos préstamos significa un ámbito muy distinto”.*

Y como si fuera poco, va más allá en sus desenlaces, ya que deja de lado la definición legal del art. 1137 del Código Civil de Vélez, porque dice que se trata de negocios creditorios, pero no estrictamente de “contratos”.

Pero ¿podemos hablar aquí de la convención como la base y el fundamento, en consecuencia, decir que estamos en presencia de un contrato?

Pues, resulta más apropiado decir, que se trata de “negocios obligacionales”, a los cuales no hay que darles el mismo tratamiento de los contratos con obligaciones recíprocas, y respecto de los cuales corresponde un tratamiento jurídico apropiado con el análisis concreto y particularizado de cada especie de estos “prestamos”, que por su especificidad tiene un funcionamiento propio”. En síntesis, observamos, que el mutuo, exigía un nuevo tratamiento, otorgando al mismo, el carácter de contrato consensual y no de contrato real, tal como fuera receptado por el CCCN.

## V. Conclusiones

Por lo expuesto, hemos arribado a las siguientes conclusiones:

Sostenemos que es de los contratos de donde surgen verdaderas obligaciones para las partes y no, de las convenciones.

Los principios contractuales del derecho privado que persiguió el CCCN, en materia contractual nos evoca al *ius comune* del Derecho Romano, que confluye los principios del *ius civile* y del derecho de gentes en la obra fundamental que fue la obra de los juristas

---

7 DI PIETRO, Alfredo, “Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 366.

clásicos y el Corpus Iuris Civilis, como conjunto sistemático de normas del *ius privatum*.

Los romanos, también concedían a la “promesa” los efectos propios de los contratos, porque ellos, abrevaban directamente de la realidad.

El contrato actual como el romano obedece a una “realidad práctica”, es una típica función económico social, porque se puede observar claramente en el mutuo el tratamiento que se le dio por ejemplo a los intereses. Por lo tanto, la clasificación en torno al carácter real o consensual del mutuo ha perdido utilidad.

---

### Referencias Bibliográficas

- DI PIETRO, Alfredo, “Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.
- GAYO, Institutas, Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Abeledo-Perrot, 5° Ed., Buenos Aires, 1997
- JUSTINIANO, Cuerpo de Derecho Civil Romano, Idelfonso García del Corral, ed. Jaime Molina, Barcelona, 1889, p. 711.
- PAULO, Comentario al Edicto libro XXVII.



# LOS CRIPTOACTIVOS FRENTE AL SMART CONTRACT<sup>1</sup>

---

## CRYPTOCURRENCIES AND SMART CONTRACTS

---

Mario César Gianfelici<sup>2</sup> Florencia Romina Gianfelici<sup>3</sup>

---

### RESUMEN:

Las TICs han incidido en el contrato desde distintos ángulos. Uno de ellos, en su cumplimiento, al implementar una nueva forma de ejecutarlos a través de los denominados smart contracts. Su uso más común lo encontramos en la compraventa de criptoactivos y tokens como los NFT. Dicha tecnología consiste en un programa informático, que permite ejecutar un contrato automáticamente. Plantean la problemática de su validez, la que debe resolverse a tenor de la categoría del contrato al que se aplica. Su instrumentación incide en el deber de información, y debe asegurar al consumidor su derecho a revocar la aceptación, previsto en la legislación consumeril..

### ABSTRACT

ICTs have influenced the contract from different angles. One of them is in their enforcement, by implementing a new way of executing them through so-called smart contracts. Their most common use is found in the trading of cryptocurrencies and tokens such as NFTs. This technology consists of a computer program that enables automatic contract execution. However, they raise the issue of their validity, which must be resolved based on the category of contract to which it applies. Their implementation affects the duty of information, and must ensure consumer's right to revoke acceptance, provided for in consumer legislation.

PALABRAS CLAVE: Autoejecutabilidad; Consumidor; Deber de información.

---

KEY WORDS: Self-execution; Consumer; Duty of information.

---

1 Trabajo realizado con fondos de la Universidad Nacional del Litoral a través del programa CAI+D, perteneciente al proyecto de investigación denominado "Contratos inteligentes". Esta ponencia fue presentada en la Comisión N°11, Interdisciplina abocada al estudio de los Criptoactivos en el marco de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas los días 26/28 de Septiembre del 2024 en la Universidad Austral, Bs. As.

2 Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (FCJS-UNL). Profesor titular ordinario por concurso en Derecho de las Obligaciones y Profesor titular ordinario por concurso en Derecho de los Contratos. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral  
3 Abogada. Especialista en Derecho de Daños (FCJS-UNL). Especialista en Derecho Informático (UBA). Especialista en Derecho de la Empresa (FCJS-UNL). Profesora ayudante de cátedra. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral. Docente invitada de la Carrera de Especialización en Derecho Informático (Facultad de Derecho-UBA).

---

## I. Fundamentos

Las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) han influido en el contrato desde diversos ángulos, a saber: a) en su objeto, creando la posibilidad de uno nuevo, dando lugar a los denominados “contratos informáticos”<sup>4</sup>, es decir, aquellos que tienen por objeto bienes y servicios informáticos; b) en la manifestación de voluntad, generando un nuevo soporte para su exteriorización, dando paso a los “contratos electrónicos”, o sea aquellos en que la voluntad de las partes se exterioriza a través de un soporte (medio) digital u electrónico; y c) en su cumplimiento, implementando una nueva forma de ejecutarlo a través de los denominados *smart contracts*<sup>5</sup>.

En tal orden, podemos afirmar que el “contratos inteligentes”, reúne una serie de características que lo convierten en un nuevo facilitador de la comercialización a través de la contratación en masa.

Así, el *smart contract* se caracteriza por su autoejecutabilidad, lo cual significa que las prestaciones que deben realizar las partes y las sanciones frente a su incumplimiento quedan fuera de su alcance volitivo ya que el programa en que consiste las ejecuta de modo autónomo. De manera tal que basta con que se verifiquen las condiciones programadas para que se ejecuten automáticamente los *scripts*<sup>6</sup> de los que está compuesto el “contrato inteligente”.

La vinculación del *smart contract* con el Internet de las cosas (IoT)<sup>7</sup>, desincentiva el incumplimiento de dichos contratos. Ello al garantizarle al proveedor la principal tutela frente a tal circunstancia, en tanto que al poder controlar de forma remota cualquier objeto (edificaciones, vehículos, aeronaves, embarcaciones, maquinarias, etc.)<sup>8</sup>, tiene la posibilidad de inutilizarlo o imposibilitarle su acceso al deudor<sup>9</sup>. De suerte que, en caso de incurrir en mora, el deudor quedaría expuesto de manera inmediata a aquellas sanciones, sin que pueda especular con el transcurso del tiempo hasta tanto se obtenga la ejecución forzosa.

Repárese la trascendencia que el “contrato inteligente” puede tener hoy en día si se considera el crecimiento exponencial que el Internet de las Cosas ha tenido en el último tiempo. Según IoT Analytics, empresa de consultoría e investigación de mercados, con sede en Alemania, a fines del año 2023 había 16.700 millones de dispositivos conectados a Internet en todo el mundo<sup>10</sup> y se espera que ese número ascienda a 29.700 millones para el año 2027<sup>11</sup>.

4 ALTMARK, Daniel R. y MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Tratado de Derecho Informático*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, tomo II, p.46.

5 GIANFELICI, Mario C. y GIANFELICI, Florencia R., “Naturaleza jurídica de los denominados ‘smart contracts’ (contratos inteligentes)”, Ed. El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, 2022, vol. LXI, (ED 299), p.2.

6 DABAH, Alejandro D., “Los ‘contratos inteligentes’ y su legalidad en el Derecho argentino”, Rev. J.A., t. 2020-I, ap. V.2.1, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/404/2020

7 Por Internet de las Cosas (IoT) debe entenderse la interconexión digital entre objetos, dispositivos, sistemas entre sí y con Internet. VILALTA NICUESA, Aura E., *Smart legal contracts y blockchain. La contratación inteligente a través de la tecnología blockchain*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 40.

8 ARGELICH COMELLES, Cristina, “Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual”, InDret (2), Ed. Universidad de Cádiz, 2020, p. 9 y 29. Disponible en <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i2.01>

9 Ibidem, p. 15 y 30.

10 IoT ANALYTICS, “IoT 2023 in review: The 10 most relevant IoT developments of the year”, 11/01/2024. Disponible en <https://iot-analytics.com/iot-2023-in-review/>. Recuperado el 11/02/2024.

11 STATISTA, “El Internet de las cosas (IoT) - Datos estadísticos”, 25/01/2024. Disponible en <https://es.statista.com/temas/6976/el-internet-de-las-cosas-iot/#topicOverview>. Recuperado el 11/02/2024

Por tal motivo, podríamos afirmar que la garantía que brinda la autoejecutabilidad propia del “contrato inteligente”, permite expandir la contratación con consumidores y usuarios, sin que sea un obstáculo la ponderación de su solvencia patrimonial.

A la par de su carácter autoejecutable, comparte las características de las plataformas de *blockchain* en la cuales se despliega. En tal orden, el *smart contract* se caracteriza por su descentralización<sup>12</sup> e inmutabilidad<sup>13</sup>. El hecho de estar alojado en tales plataformas otorga transparencia a las prestaciones, que pasan a ejecutarse con independencia de la voluntad de las partes involucradas o de los terceros. Todo lo cual, claro está, agiliza aún más el ya de por sí vertiginoso tráfico mercantil.

Con este encuadre, es lógico deducir que la implementación del *smart contract* resulta a todas luces pertinente en aquellos contratos en los cuales el cumplimiento de las prestaciones no esté sujeto a la ponderación de elementos subjetivos que exijan una valoración humana<sup>14</sup>.

Por tal motivo, el mayor campo de aplicación de los *smart contracts* lo encontramos en áreas objetivables, factibles de ser traducidas a lenguaje de máquina. De manera tal que posibilite a sus desarrolladores prever dentro del código informático todas las condiciones y las eventuales consecuencias jurídicas que pueden darse en cada supuesto de hecho.

En la actualidad, el uso más común que tienen los smart contracts lo encontramos en la compraventa de criptoactivos y tokens como los NFTs (tokens no fungibles)<sup>15</sup>.

La denominación con que se conoce al *smart contract* no debe conducir a confusión respecto a su real naturaleza jurídica. Si bien son muchas las opiniones esbozadas al respecto, debe entenderse que el “contrato inteligente” constituye sólo un programa informático que tiene por función la ejecución automática de lo convenido en un contrato en sentido legal<sup>16</sup>. El que, adelantamos, puede ser celebrado de manera *off line* o de manera electrónica<sup>17</sup>.

---

12 BRANCIFORTE, Fernando Omar, “Smart contract y prueba electrónica” en BIELLI, Gastón E., ORDOÑEZ, Carlos J. y QUADRI, Gabriel H. (dir.), *Tratado de la prueba electrónica*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2021, tomo III, p. 500.

13 La inmutabilidad que caracteriza al *smart contract* está dada por el funcionamiento de la tecnología *blockchain* en la que tal contrato se despliega. Así, el *smart contract* se inserta automáticamente, en un bloque de información. Cada bloque de la cadena contiene el hash de su predecesor. Es decir, cada bloque se integra por: a) el hash de la cabecera de dicho bloque -que incluye el identificador del bloque actual, el identificador del bloque anterior (*nonce*) y el nuevo código hash o huella digital del conjunto de transacciones que en el mismo se almacenan- y b) el contenido de la transacción y su identificador. Lo que impide que un bloque pueda ser alterado o insertado entre bloques preexistentes. De esta manera, cada bloque refuerza la verificación de la información contenida en el bloque anterior y por ende de toda la cadena. TUR FAÚNDEZ, Carlos, *Smart Contract. Análisis Jurídico*, Editorial Reus, Madrid, 2018, p. 35-36. VILALTA NICUESA, Ob. Cit., p. 22.

14 VILALTA NICUESA, Ob. Cit., p. 54.

15 TOURIÑO PEÑA, Alejandro (dir.), *Claves prácticas LegalTech. Blockchain y Smart Contracts*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2022, p. 26 y 56. El acrónimo NFT responde a las siglas en inglés non-fungible token. Se trata de una especie de criptoactivo que consiste en la representación digital de un activo preexistente que no se consume con su uso y que se sustenta en una tecnología de registro distribuido (*blockchain*). Recientemente, por esta vía Dapper Labs, empresa desarrolladora de videojuegos con sede en Vancouver, Canadá, anunció la venta de un token no fungible (NFT) del vídeo del ex quarterback de fútbol americano Tom Brady por la suma de USD 40.712. BE IN CRYPTO, “El NFT de Tom Brady se vende en \$40,000 sin marketing cripto en el Super Bowl”, 12/02/2024. Disponible en <https://es.beincrypto.com/nft-tom-brady-vende-40000-sin-marketing-super-bowl/>. Recuperado el 15/02/2024.

16 GIANFELICI, y GIANFELICI, Ob. Cit., p.4.

17 No compartimos la opinión de quienes consideran que los “contratos inteligentes” son “contratos electrónicos con características distintivas de que hace cumplir sus términos”, porque como dijimos el *smart contract* es en realidad el programa informático por el cual se ejecuta un contrato en sentido legal, que según el soporte en que se haya exteriorizado la voluntad puede ser electrónico o en papel. CHOMCZYK, Andrés y MORA, Santiago, J., “La tecnología *blockchain* y su utilidad para celebrar contratos inteligentes y como sistema de registro para garantizar integridad y fecha cierta de la prueba” en BIELLI, ORDOÑEZ y QUADRI, Ob. Cit., p. 567.

En efecto, el programa del “contrato inteligente” se despliega en una plataforma de *blockchain*, de manera tal que frente a la verificación de las condiciones predeterminadas se producen ciertas consecuencias programadas, como ser el cumplimiento de las prestaciones convenidas, la suspensión de su cumplimiento, etc. Se trabaja, de esta manera, bajo el protocolo *if-then* (si-entonces): si pasa tal cosa, sucederá tal otra<sup>18</sup>.

La cuestión relativa a la naturaleza de los “contratos inteligentes” no es menor, si se cae en la cuenta de que su previa dilucidación es crucial para analizar las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de su implementación.

A nuestro criterio, según ya lo hemos expuesto, consideramos que todo “contrato inteligente” descansa en un previo “contrato tradicional” subyacente<sup>19</sup>, el que puede haber sido celebrado *off line* o de manera electrónica. Es que la expresión *contract* propia del lenguaje de programación Solidity de Ethereum no designa a un contrato en sentido tradicional, como erróneamente puede pensarse, sino a cualquier programa que se desarrolle mediante el empleo de dicho lenguaje con independencia de su función. Con lo que a tenor del mismo cabe denominar *contract* a cualquier código desplegado en una *blockchain*<sup>20</sup>.

Es por ello, que no debe preocuparnos el hecho de que el *smart contract* no cuente con una regulación legal expresa<sup>21</sup> en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Ello en razón de que en el caso resultará aplicable el régimen jurídico previsto para el “contrato tradicional” subyacente, pero no ya por analogía como lo admite algún sector doctrinario<sup>22</sup> sino por subsunción directa en las normas que correspondan a aquellos.

Estos “contratos tradicionales” subyacentes pueden ser contratos paritarios o bien contratos de consumo, o celebrados por adhesión.

No obstante, la ejecución automatizada de tales contratos no debe ser óbice para la aplicación de la normativa civil y comercial y los estatutos protectorios pertinentes<sup>23</sup>.

18 GIANFELICI, Florencia R., “*Smart contracts* ¿crónica de un cumplimiento anunciado?”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, vol. 2020-A, p. 547. AR/DOC/3266/2019.

19 Para evitar confusión se ha denominado a este contrato tradicional subyacente como “*smart legal contract*”, TUR FAÚNDEZ, Ob. Cit., p. 140.

20 GIANFELICI y GIANFELICI, Ob. Cit., p.3.

21 LEGERÉN-MOLINA, Antonio, “Los contratos inteligentes en España, La disciplina de los smart contracts”, Revista de Derecho Civil, Ed. Estudios, vol. V, (2), p. 210, 2018. Disponible en <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/320/267>. En la Argentina, la única referencia normativa que encontramos sobre los *smart contracts* es en el Dec. N° 182/2019, reglamentario de la ley 25.506 de Firma Digital, que de manera incidental en su art. 36, inc. 5°, al hablar de los prestadores del servicio de confianza establece: “Art. 36: Servicios de confianza. Se entiende por servicio de confianza al servicio electrónico prestado por un tercero de confianza relativo a: [...] inc. 5. La operación de cadenas de bloques para la conservación de documentos electrónicos, gestión de contratos inteligentes y otros servicios digitales”.

En el derecho comparado, la mayoría de las reglas vinculadas a la materia que nos convoca, están orientadas a regular las criptomonedas como forma de pago, o a reconocer los efectos jurídicos de los contratos inteligentes y de la *blockchain* sobre la cual se despliegan. VILALTA NICUESA, Ob. Cit., p. 68.

22 DE LARRECHEA, Jaime y ORHANOVIC DE LA CRUZ, Esteban, “Smart Contracts: Origen, Aplicación y Principales desafíos en el Derecho Contractual Chileno”, Actualidad Jurídica (42), Ed. Universidad del Desarrollo, p.122, 2020. Disponible en <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ42-P107.pdf>. FETSYAK, Ihor, “Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español”, Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR), Ed. Universidad de la Rioja (18), p. 227, 2020. Disponible en <http://doi.org/10.18172/redu.4898>.

23 GIANFELICI, Florencia R., “Los smart contracts y la defensa del consumidor”, Revista de Ciencia de la Legislación, IJ Editores, N° 16, Octubre 2024, Cita: IJ-V-DCCCXCIV-17. Disponible en <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=ef17c42d3b328e0fb8e4299e38a54765>. En tal orden en las Jornadas Nacionales premencionadas se concluyó lo siguiente: “En las relaciones de consumo que tienen por objeto criptoactivos, los exchanges o proveedores de activos virtuales constituyen proveedores en los términos del sistema de protección de consumidores y se encuentran obligados a garantizar sus derechos fundamentales.”(IV.1)

Tal es lo que ha sostenido recientemente el Parlamento Europeo y el Consejo con la sanción de la "Data Act"<sup>24</sup> al establecer que "La aplicabilidad de las normas pertinentes de la normativa civil, contractual y de protección de los consumidores a los acuerdos de intercambio de datos sigue o debe seguir sin verse afectada por el uso de contratos inteligentes para la ejecución automatizada de tales acuerdos" (cdo. 104)<sup>25</sup>.

Además de los propios de la rama de actividad a la que pertenecen, los proveedores que utilizan los *smart contracts* para la ejecución de los contratos que celebren deben respetar el deber de información consagrado, en relación a los contratos paritarios, como una manifestación del deber de buena fe (doc. art. 961, 991, CCCN) y en los art. art. 1100, CCCN, reiterando el art. 4 de la LDC, respecto de los contratos de consumo.

Dicha información no sólo debe versar respecto del objeto contractual sino de las condiciones de contratación, así como de "toda otra circunstancia relevante para el contrato". Por ende, el hecho de que el contrato de consumo se ejecute a través de las TICs, suma al deber de información clásica sobre el producto o servicio adquirido, un deber de información tecnológica.

Estimamos que entre aquella información a suministrar, estaría el hecho de que el contrato es ejecutable a través de un *smart contract*. Como igualmente la necesidad de disponer de una cuenta externa denominada EOA (*External Owned Accounts*) desde la cual una de las partes deberá transferir el precio acordado a la cuenta de *smart contract* como requisito previo para que comience a ejecutarse el "contrato inteligente"<sup>26</sup>.

Dicha información es presupuesto del consentimiento que deberá prestar el cocontratante para que se tenga por perfeccionado el contrato. Consentimiento, claro está que será exteriorizado de una u otra manera según cuál sea el medio utilizado para celebrar el "contrato tradicional" subyacente<sup>27</sup>. Así, si el contrato se celebrara de manera digital, el consentimiento deberá prestarse por el mismo medio electrónico utilizado, como por ejemplo a través del sistema de *clickwrap* o incluso a través de la propia plataforma *blockchain* en la que se localiza el contrato.

---

24 PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, "Reglamento sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos)", 27/11/2023, p. 84. Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-49-2023-INIT/es/pdf>

25 El Reglamento sobre normas armonizadas sobre el acceso y el uso equitativos de los datos, también conocido como la Ley de datos, entró en vigor el 11 de enero de 2024 y será aplicable a partir de los 20 meses computados desde aquella fecha (art.50). Frente a la creciente prevalencia del Internet de las Cosas (IoT), la "Data Act" busca aprovechar los importantes beneficios económicos que contienen los datos no personales generados por el uso de un producto conectado a Internet o servicio relacionado a este dentro la Unión, garantizando una distribución equitativa del valor de estos entre los distintos actores involucrados. Para ello, promueve su intercambio al establecer normas claras y justas que facultan a los usuarios de aquellos a acceder oportunamente a los datos que estos dispositivos recaban. De suerte tal de poder utilizarlos de la manera que consideren conveniente, incluso compartiéndolos con terceros de su elección sobre la base de acuerdos voluntarios. Es decir, los productos conectados a Internet, conforme al Reglamento de referencia, deberán diseñarse y fabricarse de manera tal que los usuarios (empresas o consumidores) puedan acceder, utilizar y compartir de forma fácil y segura los datos que así se generan. COMISIÓN EUROPEA, "Ley de Datos", en Políticas, "Configurar el futuro digital de Europa", 25/01/2024. Disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/data-act> Recuperado el 20/02/2024.

26 En la plataforma Ethereum intervienen dos tipos de cuentas o direcciones (*adress*), a saber: a) las cuentas externas EOA, premencionadas, y b) las cuentas de *smart contract* (*contract accounts*). Si bien ambas se identifican con un código alfanumérico hexadecimal, las últimas se diferencian de las primeras en tanto que al estar vinculadas al propio *smart contract* cobran y pagan automáticamente sin que intervenga la voluntad de las partes involucradas. TOURINO PENA, Ob. Cit., ps. 41-43 y 108. No debe pensarse que este requisito es exclusivo de los contratos que impliquen obligaciones de dar sumas de dinero. Por lo contrario, aun en aquellos "contratos tradicionales" subyacentes del que deriven obligaciones de hacer o dar una cosa no dineraria, cada parte debe contar con una EOA, a la cual la *contract account* podrá remitir eventualmente las sumas retenidas en concepto de indemnización frente a una hipotética rescisión o desistimiento contractual de la contraparte.

27 Es errado pensar que por la propia naturaleza de los *smart contracts* deben ser considerados inexorablemente como contratos electrónicos. TOURINO PENA, Ob. Cit., p. 61. El hecho de que la ejecución del contrato de consumo sea en el mundo virtual no quiere decir necesariamente que se trate de un contrato a distancia.

Si el “contrato tradicional” subyacente fuese celebrado de manera electrónica, la información que debe suministrarse al consumidor a los fines de que éste brinde su consentimiento debe incluir la relativa a la posibilidad de revocarlo (conf. doc. arts. 33 y 34, Ley 24.240; y arts. 1107, 1110 y ss., CCCN)<sup>28</sup>.

En tal orden, el CCCN, dentro de las “Modalidades especiales” de los contratos de consumo (arts. 1110 y ss.), regula un régimen especial de revocación de la aceptación respecto de aquellos celebrados fuera del establecimiento comercial y a distancia (art. 1105, CCCN), ya prevista en la precedente Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, arts. 32 y ss.

Conforme la Resolución N° 424/2020 de la entonces Secretaria de Comercio Interior<sup>29</sup>, hoy Secretaria de Comercio a secas dependiente actualmente del Ministerio de Economía, se implementó un novedoso dispositivo para ejercer tal revocación. Dispuso que los proveedores que comercialicen bienes y servicios a través de páginas o aplicaciones web deberán tener publicado en un lugar visible dentro de ellas, un link de acceso fácil y directo, denominado “Botón de Arrepentimiento”, mediante el cual el consumidor podrá solicitar la revocación de la aceptación del producto comprado o del servicio contratado<sup>30</sup>.

El CCCN, en sus arts. 1110 y ss., ha logrado dicha tutela, confirmando al consumidor en estos contratos el derecho irrenunciable de revocar la aceptación -la que pudo haber sido irreflexiva-, dentro de los diez (10) días computados a partir de la celebración o entrega del bien, según fuere lo último que se produzca.

Tratándose de un *smart contract* destinado a ejecutar “contratos tradicionales” de consumo, el ejercicio del derecho indicado precedentemente, exige que en la secuencia de su programación se incluya como condición de despliegue, que el consumidor haya manifestado su conformidad con la prestación recibida, o bien que haya transcurrido el plazo de 10 días desde la aceptación de la oferta o la recepción del bien, sin que hubiere manifestado su voluntad de revocarla<sup>31</sup>.

Igualmente, el desistimiento podría ejercerse a través de una manifestación expresa del consumidor en este sentido, remitiendo un mensaje al programa principal (*contract*) desde una cuenta que así lo permita (*proxy contract*). En tal caso, el precio de la compraventa podría quedar depositado en la *contract account* por un plazo razonable hasta tanto se verifique que se ha restituido el bien al proveedor. Verificado ello, el *smart contract* ejecutaría automáticamente otra función (*restitución Precio*), por la cual la suma depositada se transferiría automáticamente a la cuenta del consumidor<sup>32</sup>.

28 El incumplimiento del deber de información no apareja la invalidez del contrato, sino que conduce a que el derecho de revocación del consumidor no se extinga (art. 1111, CCCN). La notificación de la revocación puede ser realizada por escrito, por medios electrónicos o similares, o simplemente a través de la devolución de la cosa (art.1112, CCCN).

29 MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR, “Resolución N° 424/2020”, 01/10/20. Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primer/235729/20201005>

30 GIANFELICI, Florencia R., “Perfeccionamiento del contrato de consumo electrónico” en CERVILLA GARZÓN, María Dolores y BLANDINO GARRIDO, María Amalia (Ed.), *Declaración de voluntad en un entorno virtual*, 1ª ed. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, p. 442.

31 Durante el transcurso de dicho plazo legal, verificable a través de oráculos reloj, el precio de compra quedaría depositado en la *contract account* a la espera del acaecimiento del hecho condicionante negativo. Los oráculos son empresas externas a la cadena de bloques, confiables e imparciales, que transmiten información de la realidad *offchain* al *smart contract*, de manera tal que el “contrato inteligente” se ejecutará en uno u otro sentido en función de las respuestas obtenidas de aquel. TUR FAÚNDEZ, Ob. Cit., p. 112. Igualmente existen oráculos salientes o internos. TOURIÑO PENA, Ob. Cir., p. 58.

32 TUR FAÚNDEZ, Ob. Cit., ps.78-79.

## II. Conclusiones

**1. Ámbito de aplicación.** La comercialización de criptoactivos, al igual que de tokens y NFTs (tokens no fungibles), es un ámbito de aplicación fecundo de los *smart contract*.

**2. Naturaleza jurídica de los *smart contracts*.** El *smart contract* sólo constituye un programa informático que tiene por función la ejecución automática de lo convenido en un contrato en sentido legal ("contrato tradicional")

**3. Relación entre el *smart contract* y el contrato en sentido legal.** Todo contrato inteligente descansa en un previo "contrato tradicional" subyacente, el que puede haber sido celebrado *off line* o de manera electrónica.

**4. Requisitos de validez.** Los requisitos de validez del contrato en sentido legal, subyacente, son los propios que impone el ordenamiento jurídico vigente a la categoría de que se trate. El contrato subyacente puede ser tanto un contrato paritario, o bien de consumo, o celebrado por adhesión, por lo que corresponde la aplicación de la normativa protectoria pertinente.

**5. Deber de información tecnológica.** La naturaleza del mecanismo de ejecución contractual adoptado, impone a quien promueve el uso del *smart contract*, el deber de brindar a la contraparte información adecuada acerca de cómo se desarrollará dicha ejecución y sus consecuencias económicas.

**6. Consentimiento sobre la consumación automática.** La validez del *smart contract* exige que las partes hayan prestado, en el contrato subyacente, el consentimiento específico sobre su ejecución automática.

**7. Revocación de la aceptación en los contratos de consumo.** La revocación de la aceptación en los contratos de consumo celebrados fuera del establecimiento comercial o a distancia, ejecutables a través de un *smart contract*, exige que en la secuencia de programación de éste se incluya como condición de despliegue, que el consumidor haya manifestado su conformidad con la prestación recibida, o bien que haya transcurrido el plazo de diez (10) días desde la aceptación de la oferta o la recepción del bien, sin que hubiere manifestado su voluntad de revocarla.

---

## Referencias Bibliográficas

- ARGELICH COMELLES, Cristina, "Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual", *InDret* (2), Ed. Universidad de Cádiz, 2020, p. 9 y 29. Disponible en <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i2.01>
- BRANCIFORTE, Fernando Omar, "Smart contract y prueba electrónica" en BIELLI, Gastón E., ORDOÑEZ, Carlos J. y QUADRI, Gabriel H. (dir.), *Tratado de la prueba electrónica*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2021, tomo III, p. 500.
- CHOMCZYK, Andrés y MORA, Santiago, J., "La tecnología blockchain y su utilidad para celebrar contratos inteligentes y como sistema de registro para garantizar integridad y fecha cierta de la prueba" en BIELLI, ORDOÑEZ y QUADRI, Ob. Cit., p. 567.

- COMISIÓN EUROPEA, “Ley de Datos”, en Políticas, “Configurar el futuro digital de Europa”, 25/01/2024. Disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/data-act> Recuperado el 20/02/2024.
- DABAH, Alejandro D., “Los ‘contratos inteligentes’ y su legalidad en el Derecho argentino”, Rev. J.A., t. 2020-I, ap. V.2.1, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/404/2020
- DE LARRECHEA, Jaime y ORHANOVIC DE LA CRUZ, Esteban, “Smart Contracts: Origen, Aplicación y Principales desafíos en el Derecho Contractual Chileno”, Actualidad Jurídica (42), Ed. Universidad del Desarrollo, p.122, 2020. Disponible en <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ42-P107.pdf>.
- FETSYAK, Ihor, “Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español”, Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR), Ed. Universidad de la Rioja (18), p. 227, 2020. Disponible en <http://doi.org/10.18172/redur.4898>
- GIANFELICI, Florencia R., “Los smart contracts y la defensa del consumidor”, Revista de Ciencia de la Legislación, IJ Editores, N° 16, Octubre 2024, Cita: IJ-V-DCCCXCIV-17. Disponible en <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=ef17c42d3b328e0fb8e4299e38a54765>
- GIANFELICI, Mario C. y GIANFELICI, Florencia R., “Naturaleza jurídica de los denominados ‘smart contracts’ (contratos inteligentes)”, Ed. El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, 2022, vol. LXI, (ED 299), p.2.
- GIANFELICI, Florencia R., “Smart contracts ¿crónica de un cumplimiento anunciado?”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, vol. 2020-A, p. 547. AR/DOC/3266/2019.
- GIANFELICI, Florencia R., “Perfeccionamiento del contrato de consumo electrónico” en CERVILLA GARZÓN, María Dolores y BLANDINO GARRIDO, María Amalia (Ed.), Declaración de voluntad en un entorno virtual, 1ª ed. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, p. 442.
- GAYO, Institutas, Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Abeledo-Perrot, 5º Ed., Buenos Aires, 1997.
- IO T ANALYTICS, “IoT 2023 in review: The 10 most relevant IoT developments of the year”, 11/01/2024. Disponible en <https://iot-analytics.com/iot-2023-in-review/> . Recuperado el 11/02/2024.
- JUSTINIANO, Cuerpo de Derecho Civil Romano, Idelfonso García del Corral, ed. Jaime Molina, Barcelona, 1889.
- LEGERÉN-MOLINA, Antonio, “Los contratos inteligentes en España, La disciplina de los smart contracts”, Revista de Derecho Civil, Ed. Estudios, vol. V, (2), p. 210, 2018. Disponible en <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/320/267>.
- MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR, “Resolución N° 424/2020”, 01/10/20. Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primer/235729/20201005>
- PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, “Reglamento sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos)”, 27/11/2023, p. 84. Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-49-2023-INIT/es/pdf>
- SCOLES, Eugene F. & HAY, Peter; Conflict of Laws, Hornbook Series, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982.
- STATISTA, “El Internet de las cosas (IoT) - Datos estadísticos”, 25/01/2024. Disponible en <https://es.statista.com/temas/6976/el-internet-de-las-cosas-iot/#topicOverview> . Recuperado el 11/02/2024.
- TOURIÑO PEÑA, Alejandro (dir.), Claves prácticas LegalTech. Blockchain y Smart Contracts, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2022.
- TUR FAÚNDEZ, Carlos, Smart Contract. Análisis Jurídico, Editorial Reus, Madrid, 2018.
- VILALTA NICUESA, Aura E., Smart legal contracts y blockchain. La contratación inteligente a través de la tecnología blockchain, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

# EL ROL DOCENTE EN LA ENSEÑANZA - APRENDIZAJE CON IA

---

## THE ROLE OF THE TEACHER IN AI-ASSISTED TEACHING AND LEARNING

---

**Mariana Estefanía Soto<sup>1</sup>**

---

### RESUMEN:

Desde la sanción de la ley de Educación Superior en Argentina se ha acentuado el análisis en el modo de enseñar en la Educación Superior y su efectividad. El aprendizaje, el acto educativo es fundamental. No es un presupuesto, tampoco lo son las habilidades/capacidades del estudiantado. Y en la formación de profesionales del derecho actualmente no solo hablamos del uso de las tecnologías por las personas, ni de una simple manipulación de ellas, sino que la rápida evolución nos coloca ante la integración de la Inteligencia Artificial (IA), y más recientemente de la Inteligencia Artificial Generativa.

Replantearnos como docentes nuestro rol ante un estudiantado que aprende de, sobre y con la IA es un nuevo punto de inflexión en la enseñanza del derecho. El docente es un imprescindible mediador del conocimiento e impulsor del desarrollo de las habilidades y competencias que permiten el aprendizaje y la construcción de nuevo conocimiento.

En función de ello, el aprendizaje con IA debe ser abordado desde un enfoque ético dado que la tecnología nunca es ideológicamente neutra. Los algoritmos que la conforman ponen a la vista y privilegian determinadas visiones del mundo, y determinadas formas de pensar, aprender y conocer que sin ética devienen peligrosos. También por acciones tendientes a preservar, salvaguardar, las habilidades intelectuales humanas, la diversidad de nuestro sistema de conocimiento, y en darle a la tecnología su lugar de servicio y no a la inversa.

### ABSTRACT

Since the enactment of the Higher Education Law in Argentina, the analysis of the way teaching has been focused in Higher Education and its effectiveness has been intensified. In the way of learning, the educational act is fundamental. It is not an implicit assumption or belief that is taken for granted, nor are the skills/capabilities of the student. And in the training of law professionals today we are not just talking about the use of technologies like merely manipulating of them. The rapid evolution places us facing the integration of Artificial Intelligence (AI), and more recently the Generative Artificial Intelligence.

---

<sup>1</sup> Abogada (UNLP), Profesora de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam. Profesora en Ciencias Jurídicas (UNMaza), Especialista en Derecho Civil (UNLP), Especialista en Docencia Universitaria (UNCuyo). Maestranda en Derecho Civil (UNLPam) y en Docencia en Educación Superior (UNLPam); Jefa de Trabajos Prácticos, Unidad Pedagógica, Fundamentos de Derecho Privado y Teoría del Acto Jurídico UNLPam. Investigadora del Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas de la FCEyJ-UNLPam. Autora de ponencias en Congresos nacionales e internacionales, artículos en el área de la Enseñanza del Derecho. Email: maressoto123@gmail.com.

Reevaluating our role as teachers in front of a student body that learns from, about, and with AI is a new point in the teaching of law. The professor is an essential mediator of knowledge and a promoter of the development of skills and competencies that enable learning and the construction of new knowledge.

Therefore, learning with AI must be approached from an ethical perspective because technology is never ideologically neutral. The algorithms that form it expose and privilege certain worldviews, and particular ways of thinking, learning, and knowing that, without ethics, become dangerous. Additionally, actions are needed to preserve and safeguard human intellectual skills, the diversity of our knowledge system, and to place technology in its service.

**PALABRAS CLAVE:** docencia-mediación pedagógica- IA Generativa - competencias- ética.

**KEY WORDS:** Teaching - Pedagogical Mediation - Generative AI - Competencies - Ethics.

### **I. La inteligencia artificial en la docencia**

Desde la sanción de la ley de Educación Superior en Argentina<sup>2</sup> se ha acentuado el análisis en el modo de enseñar en la Educación Superior y su efectividad. El auxilio de las ciencias de la educación, paulatinamente, ha dotado a las prácticas docentes de herramientas que se concentran en el aprendizaje y en el rol que cumple la/el docente en su intencionalidad pedagógica. No obstante estos cambios, el/la docente ha cumplido, y sigue cumpliendo en algunos casos, un rol de contenedor del conocimiento, siendo quien lo transmite en su totalidad a sus estudiantes.

Con el ensanchamiento del derecho y la agrupación en nuevas ramas, así como la continua evolución de las normas, el/la docente comienza a desempeñar un rol de facilitador del conocimiento. Si bien puede transmitir lo importante de su área no puede abarcarlo todo, pero puede señalar el camino para poder adquirirlo, conseguirlo o hacerse del conocimiento. Esto le convierte en quien facilita o explica el conocimiento acompañando el aprendizaje.

El rol docente conservador/a que se posiciona en la transmisión del currículum, comunicando contenidos exclusivamente de su programa académico, ha tenido que evolucionar, aunque aún persiste en algunas facultades de nuestro país. El siguiente paso que se ha podido observar en las aulas universitarias, es ver a las/los docentes convertirse no ya en facilitador/a y explicador/a del conocimiento sino en mediador. El docente mediador del aprendizaje es quien realiza un puente entre el conocimiento y el aprendizaje a través de estrategias didácticas, acompañando al estudiantado a aprender, a encontrar sus respuestas para la aprehensión del conocimiento e impulsando el autoaprendizaje. Esto se logra sacando el foco de su práctica docente en el contenido para incluir en ellas al estudiantado.

El aprendizaje, el acto educativo es fundamental. No es un presupuesto, tampoco lo son las habilidades/capacidades del estudiantado. Nos encontramos ante la experiencia y responsabilidad común de no hacer como si las/los estudiantes aprenden, ni caer en frases como: "si ellos no quieren aprender es problema de ellos, tienen todo", "Yo les

---

<sup>2</sup> Ley N° 24.521/95 modificada por Ley N° 27.204/2015, entre otras.

explico todo si ellos no aprenden” “No estudian, más no puedo hacer” “No saben nada, no puedo hacer nada” “No pueden entender lo que leen, qué puedo hacer” No saben escribir cómo voy a ayudarlos”.

Se han adoptado políticas universitarias para abordar estas cuestiones, se trabaja en esto en la Universidades, podemos observar las innumerables acciones<sup>3</sup> para articular escuela secundaria - universidad, talleres de escritura, lectura y comprensión de textos, cursos de nivelación, múltiples talleres, talleres de herramientas de escritura, lectura y comprensión para el estudiantado que le permiten la adquisición de las habilidades básicas para abordar los aprendizajes específicos de la carrera o contenidos en la maya curricular. Pero estas políticas educativas necesitan la adhesión de las/los docentes para que funcionen. Se necesita que el docente adopte un rol activo en la enseñanza - aprendizaje.

El rol del docente debe consistir en la creación de un ambiente de aprendizaje a través de la utilización de recursos didácticos y de las actividades pedagógicas específicamente diseñadas, con el apoyo del material de estudio específico, la colaboración del docente y la de los/las propios/as estudiantes.

Como nos enseña Prieto Castillo, “la mediación pedagógica es el tratamiento de contenidos y de las formas de expresión de los diferentes temas a fin de hacer posible el acto educativo, dentro del horizonte de una educación concebida como participación, creatividad expresividad, y relacionalidad<sup>4</sup>”

Cuando llega la tecnología a las aulas docentes de las universidades logran rápidamente su incorporación, no siendo esto una disrupción en las prácticas docentes sino una absoluta integración. Las ventajas que ellas aportan al desarrollo de las actividades del mundo del derecho y en la formación de las/los operadores jurídicos facilita su integración, al punto de que muchas de nuestras actividades se nos hacen impensables sin ellas. Y nos encontramos usufructuando los beneficios de la Educación a Distancia, clases híbridas, clases sincrónicas y asincrónicas, que han multiplicado las oportunidades<sup>5</sup> de acceso a la Educación Superior<sup>6</sup>, como derecho humano universal que ella implica.

Como señala Rinesi<sup>7</sup>, es un gran avance de nuestra conciencia democrática sobre la vida colectiva el colocar a la Educación Superior como un derecho humano universal. “El derecho a la Educación Superior es un derecho individual y colectivo: de las ciudadanas, de los ciudadanos y del pueblo. Aceptar este postulado nos exige pensar cómo adecuamos a él las tareas específicamente universitarias de formar profesionales, producir conocimiento y ponerlo a circular.”

3 Un ejemplo, entre muchos es la Convocatoria “Sigamos Estudiando: Fortalecimiento de las trayectorias y la enseñanza en la Educación Secundaria” disponible en: <https://www.unlpam.edu.ar/cultura-y-extension/extension-universitaria/convocatorias/sigamos-estudiando-2021>; o el Taller de Lectura y Comprensión de Textos Jurídicos, correspondiente a la maya curricular de la carrera de Procurador y Abogacía de la FCEyJ de la UNLPam. disponible en <https://www.eco.unlpam.edu.ar/abogacia-taller-de-lectura-y-comprension-de-textos-juridicos/>

4 Prieto Castillo, Daniel - Gutiérrez Pérez Francisco. “La mediación pedagógica”. Ediciones CICCUS, 1999. pág. 9.

5 Round Table New approaches to the right to Higher Education (IESALC & UNESCO PLS/EDP) EN, disponible en: [https://www.youtube.com/live/aKZO\\_\\_AllqY](https://www.youtube.com/live/aKZO__AllqY)

6 El derecho a la educación superior: una perspectiva de justicia social. Emma Sabzalieva, Daniela Gallegos, Clarisa Yerovi, Eglis Chacón, Takudzwa Mutize, Diana Morales, José Andrés Cuadros, UNESCO 2022 ISBN 978-980-7175-69-2. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000382285>

7 Rinesi Eduardo, “El derecho a la educación superior”, Anales de la Educación Común, 2022, Vol. 3, N° 1-2. pp. 72-79 72. Disponible en: <https://cendie.abc.gob.ar/revistas/index.php/revistaanales/article/view/1530/1825>

Es en la formación de esos profesionales que actualmente no hablamos solo del uso de las tecnologías por las personas, ni de una simple manipulación de ellas, sino que la rápida evolución nos coloca ante la integración de la Inteligencia Artificial (IA), y más recientemente de la Inteligencia Artificial Generativa.

Cuando hablamos de IA no hablamos de algo en específico, sino que hablamos de un conjunto de habilidades sistemáticas que nos ayudan a crear y entrenar máquinas para realizar tareas que nosotros consideramos inteligentes, que tienen un lenguaje e imita la creatividad humana<sup>8</sup>.

En este punto nos encontramos en la rápida integración de la IA y de la IA generativa a nuestras prácticas docentes. Por lo que cabe detenernos a reflexionar, debatir, pensar, discutir y de algún modo delimitar y acordar hacia dónde queremos dirigir estas enormes habilidades de la tecnología en el aprendizaje de nuestro estudiantado de derecho, futuros operadores jurídicos.

## II. Rol docente mediador en el uso de la IA

Para conocer el rol del/la docente ante la inteligencia artificial es importante saber el rol que el docente y la IA cumplen. Esto es, el estudiantado aprende de la IA (plataformas educativas); aprende sobre la IA (como funciona su mundo de algoritmos) o aprende con la IA (colabora en el aprendizaje)<sup>9</sup>.

. **Aprende de la IA:** en actividades con un sistema de tutorías a través de plataformas adaptativas guiadas por algoritmos de aprendizajes automatizado o individualizado. Ejemplo actual es la plataforma Moodle del campus virtual de la FCEyJ de la UNLPam, en la cual se encuentran disponible distintos recursos como videos, textos, evaluaciones, transmisión de clases híbridas, encuestas, hipervínculos, etc.

. **Aprende sobre la IA** en actividades que facilitan tomar decisiones sobre un mundo repleto de algoritmos. Las que nos permiten discernir los sesgos de la IA conociendo el funcionamiento interno de ella o las bases de los algoritmos.

. **Aprende con la IA** en actividades de analítica de aprendizaje. Como el empleo de una aplicación de IA generativa o página web, por ejemplo, un chat GTP, generadores de imágenes o audios, aplicaciones para resumir documentos, buscar jurisprudencia, analizar un texto jurídico, convertir el audio de una clase en un texto escrito, etc.

En este contexto un mojón se nos impone cuando hacemos que la IA realice una acción a través de la instrucción que le damos. Esto se conoce con la palabra inglesa “prompt”. El prompt es esa línea de texto en forma de pregunta o de indicación que la persona le escribe al sistema para iniciar una conversación y solicitar una tarea específica. Es como darle una pista sobre lo que nos interesa investigar, el tipo de información que necesitamos.”<sup>10</sup> En la elaboración de las preguntas correctas está el desafío para las/los

8 Cobo, Cristóbal (2023) Foro Internacional Academia (Virtual Educa, Medellín) Conferencia: ¿Cómo formamos personas inteligentes en tiempos de verdades artificiales? Disponible en: Inteligencia Artificial y Educación. ¿Pensamos críticamente? Apuntes para Docentes.

9 Cobo, Cristóbal (2023) Foro Internacional Academia (VirtualEduca, Medellín) Conferencia: ¿Cómo formamos personas inteligentes en tiempos de verdades artificiales? Disponible en: Inteligencia Artificial y Educación. ¿Pensamos críticamente? Apuntes para Docentes. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Va0rLnbHaK0>

10 Maguregui Carina, Inteligencia artificial: anatomía de un buen «prompt», 2024. EDUC.AR. Disponible en: <https://www.educ.ar/>

docentes y el estudiantado, hay que conocer del tema o materia y ser crítica/o con las respuestas porque no todas son correctas o verdaderas.

Entonces, ¿qué rol cumple la/el docente? En cualquiera de estas tres situaciones, que ocurren en nuestras aulas, con nuestro estudiantado, se espera que el/la docente las utilice de manera creativa, reorientando su enfoque pedagógico hacia una enseñanza más individualizada, tomando ciertas subjetividades del estudiantado, promoviendo aprendizajes formales e informales, impulsando el desarrollo de habilidades y competencias que lleven a la construcción del conocimiento jurídico específico.

Esta circunstancia deja de lado a las/los docentes que son solo conferencistas o expositores, dado que la IA puede realizar esa función y dar acceso al conocimiento de ese modo. Y coloca a las/los docentes en un rol de “tutores; guías que conduzcan los esfuerzos individuales y grupales del autoaprendizaje por parte de los alumnos; personas que los induzcan a la investigación o a la práctica profesional; y ejemplos de compromiso con los valores académicos humanistas y sociales”<sup>11</sup>. Es decir, docentes que puedan acompañar al estudiantado para que construyan el conocimiento a partir de sus propias necesidades.

Las/los docentes frente a las tres situaciones mencionadas tienen tareas específicas que no pueden ser sustituidas por IA como la actividad de retroalimentación de los aprendizajes; comprender las expresividades del estudiantado no solamente desde el lenguaje oral o escrito sino también desde el lenguaje corporal; administrar los recursos de aprendizaje y determinar el adecuado según las subjetividades que se le presentan; provocar la emotividad en el contenido para su aprendizaje, y comunicarse desde la emotividad; instar a la reflexión, a la conclusión, y al autoaprendizaje; empatizar con el alumnado ante sus subjetividades, dificultades, circunstancias o necesidades; planificar con intencionalidad pedagógica las clases; y muchas otras más. Particularmente teniendo en consideración si el estudiantado Aprende de la IA, sobre la IA, o con la IA.

La IA Generativa ofrece muchas posibilidades a nuestro estudiantado, puede ayudar en la construcción de las respuestas e investigaciones, puede ser compañera de estudio, también realizar muchas de las actividades de desarrollo cognitivo emulando el aprendizaje de las/los estudiantes. Por ello es fundado el temor al fraude estudiantil que hoy se presenta en las/los docentes universitarios de grado y postgrado.

Estas herramientas hacen que el/la estudiante no tenga que pensar, pero si la/el docente cuando se integran en la educación, ya que una actividad consistente en realizar un informe sobre un caso, resolver un caso práctico y fundamentar, resumir una jurisprudencia, buscar información sobre temas específicos de derecho, buscar doctrina, pueden ser perfectamente realizadas por la IA.

Pareciera que las actividades mencionadas ponen en juego la honestidad del estudiantado ante la tentación de que la IA realice sus tareas, y nos encamina a las actividades de producir, interactuar, debatir, dilema ético, feed back o corregir, para comprobar la aprehensión de los aprendizajes. Esto nos lleva a continuar revisando nuestro rol y a adoptar un posicionamiento<sup>12</sup>.

---

recursos/159081/inteligencia-artificial-anatomia-de-un-buen-prompt

11 DÍAZ, Barriga Frida, Rigo Marco Antonio. “Realidades y paradigmas de la función docente”. México: Anuijes; 2000. Pág. 55.

12 Soto, Mariana Estefanía, “El método de casos como estrategia de enseñanza y de valoración de aprendizajes en entorno virtual”

### III. Rol docente impulsor del desarrollo de competencias del estudiantado frente a la IA

La importancia del desarrollo de las competencias de las/los estudiantes que le permitan adquirir las habilidades propias de la Abogacía, de los operadores jurídicos que serán, es en lo que debiera ponerse el acento y no perderse de vista en el gran plano de la integración de la IA. Ello, teniendo el debido recaudo de no presuponer en nuestras prácticas docentes la adquisición de estas competencias por parte del estudiantado, ya que en muchas oportunidades es necesario promoverlas. Sobre todo en los primeros años de la carrera de abogacía<sup>13</sup>. La promoción de las habilidades básicas en los primeros años de la carrera es basal en la formación de nuestros operadores jurídicos.

Para abordar el desarrollo de las competencias las Facultades deberían tener planes de trabajo transversales entre las distintas materias de la malla curricular. Así como se avizora que Derechos Humanos y Género son una temática transversal<sup>14</sup> debiera serlo el desarrollo de las competencias. Porque no solo el contenido es importante sino también esas habilidades que permitirán al estudiantado llegar al autoaprendizaje, al pensamiento crítico, analítico y de reelaboración, que resultan competencias indispensables en el acto educativo<sup>15</sup>.

Ese acto educativo, “como un hecho de transformación individual y colectiva, que visto como proceso, es el encargado de hacer posible los ideales específicos de la sociedad, perpetuar o transformar el orden político y económico, social y cultural y hasta afianzar algunas habilidades personales que le permitan al individuo afrontar problemas cotidianos.”<sup>16</sup> En específico, los problemas que abordará nuestro estudiantado, futuros operadores jurídicos, en el contexto que se describe.

Frente a la IA Generativa, en una primera confrontación, estas habilidades parecen quedar cercenadas en las/los estudiantes al no potenciar su desarrollo. Sin ese desarrollo se encuentran en desventaja ante los programas informáticos, la IA Generativa, es capaz de realizar tareas que requieren inteligencia humana, porque está diseñada para aprender, razonar, reconocer patrones, y tomar decisiones de manera autónoma, a través del procesamiento de grandes cantidades de datos.

Sin ese desarrollo de las habilidades básicas la educación se tornaría en “adiestramiento” o “instrucción”, con la aprehensión y retención de contenidos cuya forma y estructura no depende de el/la docente-estudiante, sino que ya están elaborados, y no son subjetivos sino objetivos. En este acto, la instrucción, no hay relación directa entre docente y estudiante sino indirecta a través del bien objetivado que se transmite, en él no importa más que el contenido objetivo que está en juego. “Se trata de un contacto meramente intelectual y mediado en el que la dirección del proceso está determinada por la estructura del contenido”<sup>17</sup>.

---

Comisión 11, Enseñanza del derecho, XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, disponible en: [https://drive.google.com/file/d/1Cc8w4cb5IzLRU10E\\_YAn\\_x9lY1A1LFc4/view?usp=sharing](https://drive.google.com/file/d/1Cc8w4cb5IzLRU10E_YAn_x9lY1A1LFc4/view?usp=sharing)

13 Soto, Mariana Estefanía, “Competencias del estudiantado frente a la inteligencia artificial”. marzo de 2024. Jornadas Preparatorias de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil”. FCEyJ. <https://www.eco.unlpam.edu.ar/jornadas-preparatorias-de-las-jndc-y-i-jornada-de-inteligencia-artificial/>

14 “Proyecto de Investigación: La enseñanza del derecho civil en perspectiva bioética y de derechos humanos”, COLOMBATO - CAJIGAL - SOTO, RESOLUCIÓN FCEyJ N° 201/24.

15 Monereo, Carles & Castelló, Montserrat & Gómez, Isabel. (2009).” La evaluación como herramienta de cambio educativo: evaluar las evaluaciones”. Repensar la evaluación para cambiar la enseñanza, GraóEditors. 2009, pág. 15-30.

16 Guajardo Espinoza José María y Rivera Morales María Teresa. “El acto educativo y los retos de la acción de enseñar”, en Docencia: pensamiento y práctica, Editorial Porrúa SA, 2018, México.

17 Nassif Ricardo, Pedagogía General, Editorial Kapelusz, 1958, pág. 14.

La educación va mucho más allá, apunta al valor que tras ese conocimiento se oculta. Así, por ejemplo, más allá del conocimiento memorístico y estricto de la norma, de la ley, le interesan las energías espirituales; es decir el entusiasmo, respeto, curiosidad, conexión, que ese contenido puede despertar. Y para lograrlo no se fija exclusivamente en el contenido objetivo a transmitir sino en las capacidades o disposiciones que el/la estudiante tiene para aprenderlo. "En ella hay una relación directa entre docente-estudiante, en la cual la influencia del educador parte del educando, entra en contacto con él y lo eleva o se lleva conjuntamente con él a la pesca del valor que todo bien cultural encierra."<sup>18</sup>

Entonces, si nos preguntamos ¿qué competencias, habilidades, deberían desarrollar las/los estudiantes? ¿Qué cambios son necesarios en nuestras prácticas? ¿Cómo abordamos este presente y futuro cercano en el que la inteligencia humana y la inteligencia artificial están apoyadas una en otra para su desarrollo? En este punto Cristóbal Cobo hace una pregunta que invita al reto: ¿Cómo formamos personas inteligentes en la era de la IA?<sup>19</sup>

Sin lugar a duda, el desarrollo de las habilidades del estudiantado se apoya en actividades cognitivas de alta complejidad (producir, interactuar, debatir, dilema ético, feed back o corregir) y también de baja complejidad (buscar información, definir, ordenar)<sup>20</sup> en el uso de la IA. Las actividades de baja complejidad no deben descartarse o denostarse, son necesarias y en muchos casos caemos en la debilidad de presuponerlas en nuestro estudiantado. Las actividades de alta complejidad las podemos poner en práctica con preguntas más literales, inferenciales, de extrapolación a fenómenos de la vida cotidiana del mundo jurídico que implica tener un conocimiento global de la materia, tanto de sus alcances como de sus límites. Esto sitúa al alumno en una fase avanzada en la cesión del conocimiento, al ejecutar una conducta propia del docente, y no solo enfocarnos en actividades de análisis o conclusión.

El/la docente debe con intencionalidad potenciar las competencias de baja complejidad y las que requieren un grado mayor de abstracción dado que el aprendizaje es continuo y está sujeto a los procesos de cambio contextual. Lo que importa es captar el proceso de construcción y algunos momentos claves de este en el que se produce la emergencia de un nuevo concepto o idea, o la reorganización de los conocimientos previos, tratando de identificar qué condiciones lo provocan y cuáles lo dificultan.

De ahí que son importantes las herramientas que se le proporciona al estudiantado y las capacidades que ellas potencian, y que ellas nos den cuenta de ese resultado, observando si "los estudiantes establecen relaciones, qué tipo de hipótesis y deducciones realizan, qué actitudes y metas desarrollan y, en general, cómo utilizan esos recursos para afrontar los problemas que les proporcionan los contextos en los que se desarrollan."<sup>21</sup>

Y si podemos advertir en estas tareas de baja o alta complejidad el desarrollo de las

---

18 Nassif Ricardo, *Pedagogía General*, Editorial Kapelusz, 1958, pág. 15.

19 Cobo, Cristóbal (2023) *Foro Internacional Academia (Virtual Educa, Medellín) Conferencia: ¿Cómo formamos personas inteligentes en tiempos de verdades artificiales?* Disponible en: *Inteligencia Artificial y Educación. ¿Pensamos críticamente? Apuntes para Docentes*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Va0rLnbHaK0>

20 Monereo, Carles & Castelló, Montserrat & Gómez, Isabel. (2009). "La evaluación como herramienta de cambio educativo: evaluar las evaluaciones". *Repensar la evaluación para cambiar la enseñanza*, Graó Editores. 2009, pág. 15-30.

21 Monereo, Carles & Castelló, Montserrat & Gómez, Isabel. (2009). "La evaluación como herramienta de cambio educativo: evaluar las evaluaciones". *Repensar la evaluación para cambiar la enseñanza*, Graó Editores, pág. 15-30.

habilidades y logrado el aprendizaje, podemos pensar también en la evaluación. Y allí retomar la discusión de qué tipo de evaluación pretendemos para lo que hemos dispuesto se aprenda con nuestra intencionalidad pedagógica. Si se trata de una evaluación sumativa (califica el nivel de conocimiento), constructiva<sup>22</sup> (concomitantemente con el proceso de enseñanza-aprendizaje) o ambas<sup>23</sup>.

La IA nos direcciona hacia una evaluación con enfoque constructivista apoyándose en las tareas de alta complejidad, y que insoslayablemente implicarán pensamiento crítico y creatividad. A lo que deben sumarse otras habilidades como uso del lenguaje apropiado, creatividad en la organización del contenido, razonable secuenciación del contenido y otras más que impulsen el desarrollo del pensamiento crítico.

En el marco del desarrollo del pensamiento crítico una cuestión a tener en cuenta es que el estudiante se apropie del lenguaje necesario y la competencia de analizar las limitaciones de la herramienta IA, ya sea en un chat GTP, o algún programa que aporte un resultado final de una secuencia de actividades como es una conclusión o un análisis.

#### **IV. Enfoque ético en el uso de IA**

Estos puntos de inflexión o de análisis, deben ser abordados también desde un enfoque ético dado que como se ha dicho la tecnología nunca es ideológicamente neutra. Los algoritmos que la conforman ponen a la vista y privilegian determinadas visiones del mundo, y determinadas formas de pensar, aprender y conocer. Que sin ética devienen peligrosos.<sup>24</sup>

El doctor en informática e investigador de CONICET, Sergio Ferrante cita un claro ejemplo del riesgo de los sesgos en los algoritmos:

“Una cámara enfoca las escalinatas de entrada del Instituto de Tecnología de Massachusetts (mit). La investigadora Joy Buolamwini sube algunos escalones y se escucha su voz en off:

Una de las cosas que me atrajeron de las ciencias de la computación fue que podía programar y alejarme de los problemas del mundo real. Quería aprender a hacer tecnología que fuera interesante. Así que vine al mit y trabajé en proyectos de arte que usaban visión artificial.

Durante mi primer semestre en el Media Lab hice un curso sobre «invención científica». Lees ciencia ficción y eso te inspira a crear algo que seguramente sería poco práctico si no tuvieras el curso como excusa para hacerlo. Yo quise construir un espejo que me inspirara por las mañanas. Lo llamé Espejo Aspire. El espejo me colocaba leones sobre el rostro, o gente que me inspirara, como Serena Williams. Le coloqué una cámara y con un software de visión artificial, se suponía que debía detectar los movimientos de mi cara. Pero el problema era que no funcionaba bien, hasta que me

22 Díaz, F. Y Barriga, A. (2002) Estrategias Docentes para un Aprendizaje Significativo: una interpretación constructivista. México: McGraw Hill, Cap. 8, pág. 397-414.

23 Lipman, Marilina (2023) “La evaluación en los nuevos escenarios educativos” Capacitación Docente para Docentes de UGR. Disponible en: La evaluación en los nuevos escenarios educativos.

24 La IA generativa y el futuro de la educación. UNESCO, junio 2023. Disponible en: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385877\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385877_spa)

puse una máscara blanca. Cuando me ponía la máscara, me detectaba. Cuando me la quitaba, ya no me detectaba.

Así comienza Prejuicio cifrado (Coded Bias), el documental dirigido por la cineasta Shalini Kantayya y estrenado en 2020 que narra cómo Buolamwini tomó conciencia del sesgo racial existente en los algoritmos de reconocimiento facial y analiza sus consecuencias. Buolamwini es una mujer negra, especialista en informática, activista y fundadora de la Liga por la Justicia Algorítmica (Algorithmic Justice League), y hace algunos años descubrió que varios sistemas comerciales de reconocimiento facial diseñados por Amazon, IBM y Microsoft funcionaban mejor con el rostro de sus amigos blancos que con el suyo<sup>2</sup>. Más allá de los dilemas éticos sobre el desarrollo de sistemas de reconocimiento facial<sup>3</sup>, el caso de Buolamwini muestra claramente cómo un sistema basado en inteligencia artificial puede adquirir un sesgo y cumplir mejor la tarea para la que fue diseñado en un grupo de individuos que en otro.”

Como se advierte los datos que se le proporciona a la IA para que aprenda, por medio de aprendizaje automático, juegan un rol esencial en este entrenamiento dado que son la fuente de información que le indicará al sistema cuándo ha llegado a conclusiones correctas y cuándo no. De ahí la importancia de administrar esos datos.

La adaptación de la enseñanza del derecho a la era de la Inteligencia Artificial Generativa debe ser guiada por principios éticos que preserven los valores humanos a la profesión. Y por acciones tendientes a preservar, salvaguardar, la diversidad de nuestro sistema de conocimiento.

No es beneficioso para nuestros futuros operadores jurídicos, y para la humanidad, promover un estudiantado que piense de manera automática y sesgada, que no analice, no piense, no compare, no elabore.

## V. Conclusión

La rápida integración de la IA e IA Generativa en las actividades de enseñanza-aprendizaje es un punto de inflexión en la enseñanza del derecho, que lleva a replantearnos como docentes nuestro rol y posicionamiento frente a un estudiantado que aprende de, aprende sobre y aprende con la IA.

El docente es un imprescindible mediador del conocimiento e impulsor del desarrollo de las habilidades y competencias que permiten el aprendizaje y la construcción de nuevo conocimiento. Posicionarnos en ese rol, como dijera el pedagogo Ricardo Nassif<sup>25</sup>, en la mediación educativa, entre docente y estudiante donde hay una influencia recíproca en la búsqueda “del valor que todo bien cultural encierra”. En nuestro caso el de las ciencias jurídicas.

La ética juega una función fundamental en esta integración de la IA a la educación. El aprendizaje con IA debe ser abordado también desde un enfoque ético porque que la tecnología nunca es ideológicamente neutra. Los algoritmos que la conforman ponen a la vista y privilegian determinadas visiones del mundo, y determinadas formas de pensar,

---

<sup>25</sup> Nassif Ricardo, *Pedagogía General*, Editorial Kapelusz, 1958, pág. 15.

aprender y conocer que sin ética devienen peligrosos.

La adaptación de la enseñanza del derecho a la era de la Inteligencia Artificial debe ser guiada por principios éticos que preserven los valores humanos de la Abogacía; y por acciones tendientes a preservar, salvaguardar, las habilidades intelectuales humanas y la diversidad de nuestro sistema de conocimiento.

En síntesis, la integración de la IA en la tarea de enseñanza-aprendizaje requiere un lineamiento humanista llevado adelante por docentes proactivas/vos y éticamente orientadas/dos; que pongan el acento en la tarea humanista de la Abogacía, y en darle a la tecnología su lugar de servicio, y no a la inversa. De este modo se construirá para nuestros futuros operadores jurídicos un ámbito educativo más equitativo y de construcción de conocimiento ilimitado, siempre y cuando, asumamos esa responsabilidad como docentes.

---

## Referencias Bibliográficas

- COLOMBATO - CAJIGAL - SOTO, Proyecto de Investigación: "La enseñanza del derecho civil en perspectiva bioética y de derechos humanos", RESOLUCIÓN FCEyj N° 201/24.
- Cobo, Cristóbal (2023) Foro Internacional Academia (Virtual Educa, Medellín) Conferencia: ¿Cómo formamos personas inteligentes en tiempos de verdades artificiales? Disponible en: Inteligencia Artificial y Educación. ¿Pensamos críticamente? Apuntes para Docentes.
- Cobo, Cristóbal (2023) Foro Internacional Academia (Virtual Educa, Medellín) Conferencia: ¿Cómo formamos personas inteligentes en tiempos de verdades artificiales? Disponible en: Inteligencia Artificial y Educación. ¿Pensamos críticamente? Apuntes para Docentes. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=VaOrLnbHaK0>
- DÍAZ, Barriga Frida, Rigo Marco Antonio. "Realidades y paradigmas de la función docente". México: Anuies; 2000. Pág. 55.
- Guajardo Espinoza José María y Rivera Morales María Teresa. "El acto educativo y los retos de la acción de enseñar", en Docencia: pensamiento y práctica, Editorial Porrúa SA, 2018, México.
- Ley N° 24.521/95 modificada por Ley N° 27.204/2015, entre otras.
- Lipman, Marilina (2023) "La evaluación en los nuevos escenarios educativos" Capacitación Docente para Docentes de UGR. Disponible en: La evaluación en los nuevos escenarios educativos.
- Maguregui Carina, Inteligencia artificial: anatomía de un buen «prompt», 2024. EDUC. AR. Disponible en: <https://www.educ.ar/recursos/159081/inteligencia-artificial-anatomia-de-un-buen-prompt>
- Monereo, Carles & Castelló, Montserrat & Gómez, Isabel. (2009)." La evaluación como herramienta de cambio educativo: evaluar las evaluaciones". Repensar la evaluación para cambiar la enseñanza, Graó Editors.
- Nassif Ricardo, Pedagogía General, Editorial Kapelusz, 1958.
- Prieto Castillo, Daniel - Gutiérrez Pérez Francisco. "La mediación pedagógica". Ediciones CICCUS, 1999.
- Rinesi Eduardo, "El derecho a la educación superior", Anales de la Educación Común, 2022, Vol. 3, N° 1-2, pp. 72-79 72. Disponible en: <https://cendie.abc.gob.ar/revistas/index.php/revistaanales/article/view/1530/1825>

- Round Table New approaches to the right to Higher Education (IESALC & UNESCO PLS/EDP) EN, disponible en: [https://www.youtube.com/live/aKZO\\_\\_AllqY](https://www.youtube.com/live/aKZO__AllqY)
- Sabzalieva, Emma, Gallegos, Daniela, Yerovi, Clarisa; Chacón, Eglis, Mutize, Takudzwa; Morales, Diana y Cuadros, José Andrés; El derecho a la educación superior: una perspectiva de justicia social. UNESCO 2022 ISBN 978-980-7175-69-2. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000382285>
- Soto, Mariana Estefanía, "Competencias del estudiantado frente a la inteligencia artificial". marzo de 2024. Jornadas Preparatorias de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil". FCEyJ. <https://www.eco.unlpam.edu.ar/jornadas-preparatorias-de-las-jndc-y-i-jornada-de-inteligencia-artificial/>
- Soto, Mariana Estefanía, "El método de casos como estrategia de enseñanza y de valoración de aprendizajes en entorno virtual" Comisión 11, Enseñanza del derecho, XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, disponible en: [https://drive.google.com/file/d/1Cc8w4cb5IzIRU10E\\_YAn\\_x9IY1A1LFc4/view?usp=sharing](https://drive.google.com/file/d/1Cc8w4cb5IzIRU10E_YAn_x9IY1A1LFc4/view?usp=sharing)
- "La IA generativa y el futuro de la educación". UNESCO, junio 2023. Disponible en: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385877\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385877_spa)







UNIVERSIDAD  
**Blas Pascal**



*Saber y Saber Hacer*

**0810 1 22 33 827**  
**[www.ubp.edu.ar](http://www.ubp.edu.ar)**