

AÑO 12_Nº 12

Diciembre 2025

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 12 · Nro.12 · Diciembre 2025 // ISSN (Versión Online en trámite)

REVISTA *de* **Derecho Privado**

Equipo Editorial

- **Director: Domingo Jerónimo Viale Lescano**

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor Asociado de Derecho Civil II (Universidad Blas Pascal, Argentina).

Contacto: jeronimoviale@gmail.com - derechoprivadodireccion@ubp.edu.ar

- **Secretaria Ejecutiva: María Noel Claudiani**

Jefe Trabajos Prácticos Prácticos Universitario de Derecho Civil II, "Obligaciones", UBP, Cba; Tutora en la Universidad Blas Pascal, en la Carrera de Abogacía, en la Cátedra de Práctica Profesional IV de Derecho Societario Títulos de Crédito y Derecho Concursal, UBP, Cba; Profesora Adjunta Interina de Derecho Concursal, de la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración, Universidad Católica de Córdoba.

- **Secretaria: María Lucía Viale Beviglia.**

Abogada (Universidad Blas Pascal, Arg.)

Contacto: derechoprivadodireccion@ubp.edu.ar

Consejo Asesor

- **Alberto Misino**

Contador Público; Abogado y Procurador. Especialista en Derecho del Trabajo. Magíster en Derecho Empresario. Especialista en Sindicatura Concursal. Docente universitario de grado y posgrado (UBP; Facultad de Ciencias Económicas, UNC). Cargos: Jefe de Trabajos Prácticos y Ayudante de Segunda (FCE, UNC). Áreas: Derecho Concursal; Derecho Bancario (en sus aspectos de derecho privado).

- **Anabel Colombero**

Profesora de Derecho Privado II (UNC y UBP). Docente de posgrado (UNC). LL.M. en Derecho (Universidad Austral). Magíster en Derecho Administrativo (UNC) y en Derecho Empresarial (Universidad Siglo 21). Diversas diplomaturas en Derecho Privado Patrimonial, Gestión de Tributos Locales, Derecho 4.0 y Derecho Tributario Provincial y Municipal. Abogada (UNC, 2004; egresada sobresaliente; cuadro de bandera y premios UNC y Universidad Austral). Área: Obligaciones civiles y comerciales.

- **Carlos Molina Sandoval**

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC, summa cum laude). Profesor de Derecho Comercial; Profesor Titular de Derecho Societario y de Seguros. Docente de posgrado en "Insolvencia societaria" en la Especialización en Derecho de los Negocios (UNC). Áreas: Derecho de los Negocios, Derecho Societario y Derecho Comercial.

- **Duilio Moreno Del Papa**

Docente de Derecho Internacional Privado y Negocios Internacionales (UBP; Abogacía y Licenciatura en Relaciones Internacionales). Docente de Introducción al Derecho (UBP; Abogacía). Docente de Derecho Privado (UBP; Lic. en Administración, Contador Público). Docente Tutor Superior en Derecho del Transporte y de las Telecomunicaciones (UBP). Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Área: Derecho Internacional Privado.

- **Fabián Eduardo Faraoni**

Abogado y Procurador (UNC). Camarista en la ciudad de Córdoba. Docente de grado y posgrado en Derecho de las Familias y Sucesiones. Autor y disertante. Áreas: Derecho de Familia; Derecho Sucesorio. Miembro titular del Departamento de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

- **Florencia Ramos Martínez**

Abogada (UNC). Doctora y Posdoctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Docente de Derecho Privado VII (Derecho de Daños) y de posgrado (UNC). Directora del Centro de Estudios de Derecho de Daños (UNC). Autora de obras y numerosas publicaciones. Premio Dr. Roberto Repetto, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (2021). Área: Derecho de Daños.

- **Guillermo Carlos Ford Ferrer**

Abogado y académico especializado en Derecho Aeronáutico, Espacial y de las Telecomunicaciones. Ex Director de carreras jurídicas (UBP). Ex Profesor Titular de Derecho del Transporte y de las Telecomunicaciones (UBP) y de Derecho de las Navegaciones Marítima, Aérea y Espacial (UCC). Ex Titular de Cátedra "C" de Derecho de la Navegación (UNC). Ex Director de la revista "Tendencias" (UBP). Miembro de ALADA; Presidente de su Sección Argentina (desde 13/05/2022). Medalla de Honor ALADA (2011). Áreas: Derecho del Transporte; Transporte marítimo y aéreo.

- **Nelson G. A. Cossari**

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UCA Rosario). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UCA). Profesor Titular de Derechos Reales. Áreas: Derechos Reales; Derecho Intelectual; Marcas y Patentes.

Consejo Editorial

- **Director: Domingo Jerónimo Viale Lescano** (*UBP*)

Consejo Científico

- **Domingo Antonio Viale** (*UBP-UNC*)
- **Juan Manuel Aparicio** (*UNC - UBP - AND*)
- **Néstor Pisciotta** (*UBP*)
- **Alejandro E. Freytes** (*UNC-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

- **DG. Mauricio Tagliavini**

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 © 2025 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
O vía e-mail a: 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

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

Toda obra jurídica que aspire a perdurar debe comenzar por explicar, con moderación y claridad, el espíritu que la anima. No para imponer una doctrina, ni para fijar de antemano conclusiones inmutables, sino para situar al lector en el horizonte intelectual desde el cual se propone pensar el derecho.

La Revista de Derecho Privado de la Universidad Blas Pascal se inscribe en esa tradición. Impulsada por la Sala de Derecho Privado del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas, nace de la convicción de que el derecho que regula las relaciones entre particulares no puede reducirse a una técnica circunstancial ni a un repertorio de soluciones inmediatas. El derecho privado es, ante todo, una forma de racionalidad práctica, llamada a ordenar con prudencia las relaciones humanas más estables y profundas: las que ligan a las personas entre sí, con sus bienes y con los efectos jurídicos de su actividad.

No concebimos esta Revista como un simple depósito de trabajos especializados, sino como un espacio de reflexión sistemática. El derecho privado no se comprende plenamente si se lo aísla de sus fundamentos filosóficos, de sus condicionamientos económicos, de su proyección constitucional o de su concreción judicial. Por ello, desde sus orígenes, la Revista ha asumido una vocación interdisciplinaria que no diluye el objeto, sino que lo esclarece, integrando miradas provenientes del derecho civil, comercial, del consumo, procesal y del derecho internacional privado, sin perder de vista su necesaria articulación con el derecho público.

La experiencia enseña que ni la acumulación de normas ni la proliferación de discursos garantizan, por sí solas, un mejor derecho. La prudencia editorial exige seleccionar, examinar y depurar. En ese sentido, la Revista sostiene un compromiso firme con el rigor académico y la calidad científica, que se traduce en la publicación de investigaciones originales y en la aplicación de un sistema de evaluación por pares bajo la modalidad de doble arbitraje ciego en las secciones correspondientes. No se trata de una exigencia formal, sino de una condición indispensable para que las ideas circulen con libertad, sometidas únicamente al examen crítico de la razón jurídica.

Con el número doce, la Revista consolida una estructura editorial deliberadamente ordenada. La sección Tribuna abre cada edición con la reflexión de un jurista de reconocida trayectoria académica o institucional, cuya experiencia permite ofrecer una mirada de conjunto sobre cuestiones centrales y actuales del derecho privado. Estudios Generales constituye el núcleo científico de la publicación, al acoger investigaciones originales e inéditas que contribuyen al desarrollo doctrinario. Comentarios Jurisprudenciales, finalmente, reconoce que el derecho se perfecciona en su aplicación concreta, y confía a jóvenes investigadores, con aval académico, el análisis crítico de decisiones judiciales relevantes.

La Revista se dirige a profesionales, investigadores y académicos que no buscan respuestas prefabricadas, sino argumentos fundados, principios fecundos y problemas bien planteados. No pretende clausurar debates, sino abrirlos; no fijar dogmas, sino ofrecer un ámbito de discusión seria y responsable.

Publicada con periodicidad anual y en español e inglés, la Revista de Derecho Privado aspira a integrarse en el diálogo jurídico contemporáneo, manteniendo una identidad propia, arraigada en la tradición universitaria y abierta al derecho comparado. Su propósito no es el brillo efímero, sino la continuidad; no la novedad por sí misma, sino la innovación prudente que respeta la experiencia y anticipa, con mesura, las exigencias del tiempo por venir.

Si las leyes, como enseñaba Portalis, no son actos de pura autoridad sino obras de razón, justicia y moderación, también una revista jurídica debe aspirar a ese mismo equilibrio. Este número doce se presenta, así, no como un punto de llegada, sino como una etapa más en una obra colectiva que se construye con el tiempo, con el trabajo silencioso y con la convicción de que el derecho privado sigue siendo una de las columnas esenciales de la vida jurídica.

Prof. Dr. Domingo Jerónimo Viale Lescano

Director

Revista de Derecho Privado

Universidad Blas Pascal

ÍNDICE

1- TRIBUNA

- Aceptación y repudiación de la herencia

Acceptance and repudiation of inheritance

Rubén H. Compagnucci de Caso 15

2. ESTUDIOS DE DOCTRINA

- Transferencias y Libertad Profesional en el Fútbol: Impacto de la Jurisprudencia Europea Reciente

Transfers and Professional Freedom in Football: Impact of Recent European Case Law

Esther Susana Borgarello – Fernando Nicolás Pizzicari 33

- El control de las cláusulas abusivas y gravosas en los contratos por adhesión a condiciones generales a partir del caso whatsapp

The Control of Abusive and Unfair Clauses in Adhesion Contracts to General Conditions Based on the WhatsApp Case

Juan Martín Chialva 49

- La tutela preventiva del Art. 1032 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

The preventive protection of article 1032 of the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation.

Cesar Mariano Briña 59

- Impacto de la inteligencia artificial en el marco jurídico de la responsabilidad civil

Impact of artificial intelligence on the civil liability legal framework

Lucas Germán Marchetti Nova 73

- La función judicial en tiempos de inteligencia artificial: justicia en transición

The judicial function in times of artificial intelligence: justice in transition

Martin Alfredo Botassi 85

- El derecho de autor en la era de la inteligencia artificial

Copyright in the age of artificial intelligence

Emiliano Zito 101

<p>- Perspectivas sobre la mujer gestante en la gestación por sustitución en Argentina, según la doctrina nacional <i>Perspectives on the surrogate mother in Argentina, according to national doctrine</i> Sebastián Sandoval Junyent - María Victoria Minetto Vázquez.....</p>	119
<p>- El refugio por violencia de género como desafío en el derecho internacional privado: tensiones entre protección internacional y legislación interna <i>Shelter for victims of gender-based violence as a challenge in private international law: tensions between international protection and domestic legislation</i> Ana Paz Scocco - Maria del Milagro Perez</p>	127
<p>3. JURISPRUDENCIA COMENTADA</p>	
<p>Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23/09/2025</p>	
<p>- K., V. A. c. P., A. S. – Restitución internacional de menores de edad <i> K., V. A. v. P., A. S. – International child abduction</i> Luciana Nocetti</p>	141
<p>- La prescripción liberatoria en los contratos de seguros en una relación de consumo <i>The statute of limitations in insurance contracts in a consumer relationship</i> Enzo Mario Martin Cequeira Villarreal</p>	167
<p>- La responsabilidad del transportista aéreo frente a errores en la oferta electrónica <i>The air carrier's liability for errors in the electronic offer</i> Andrea Martínez Funes</p>	189
<p>- La incapacidad vital – Comentario a fallo <i>Vital incapacity – Commentary on the ruling</i> Jorge A. Vénica</p>	229
<p>- Nunca un niño puede ser tratado como un encargo. Debates y controversias en torno a la gestación por sustitución <i>A child should never be treated as an order. Debates and controversies surrounding surrogacy</i> Catriel Josué Nieve Bensabath</p>	245

TRIBUNA

Aceptación y repudiación de la herencia

Acceptance and repudiation of inheritance

Rubén H. Compagnucci de Caso¹

I. Consideraciones generales

La sucesión o transmisión de los derechos se encuentra prevista en los arts. 398 a 400 del Código civil y comercial, y conceptualmente siempre implica trasladar su titularidad de un sujeto a otro. Para cumplir con dicho objetivo es necesario que el referido derecho tenga su propia aptitud legal a fin de poder ser transmitido, y además que dicha potestad se pueda trasladar².

Existen diferentes formas y medios para ello, y de allí que se distinguen los “mortis causa”, donde la muerte de una persona obra como razón legal necesaria, y los “entre vivos”, en caso de prevalencia de la voluntad de ambas partes y su eficacia se inicia en vida de los sujetos actores. El contrato aparece como ejemplo paradigmático de esta última categoría, y se adiciona para ofrecer mayor claridad, lo que preveía el art. 955 del anterior Código civil: “...Comienza la existencia de los actos entre vivos el día en que fuesen celebrados, y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, o de otra exclusivamente decretada desde el día de la fecha de los respectivos instrumentos” .

A mas de lo indicado es importante el distingo entre la adquisición de derechos a “título universal”, de la que corresponde a “título particular o singular”. Como muy bien lo explica Zannoni al afirmar: “... en la sucesión universal quien sucede lo hace en la posición jurídica del causante como titular del patrimonio, considerándose al sucesor universal como si fuese el propio causante en orden al patrimonio en su integridad..”³.

Por otra parte en la sucesión a título particular o singular, tal como lo dispone el art. 400 del Cod. civ. y com. “... el sucesor recibe un derecho en particular..”, es decir ingresa en la relación jurídica anterior sin los deberes u obligaciones vinculadas a los bienes transferidos. Es un buen ejemplo lo previsto en los arts. 1614 y ss. del Cod. civ. y com., sobre la

1 Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional de La Plata. Profesor titular de Derecho Civil II en la Universidad Nacional de La Plata, en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Católica de La Plata. Profesor Emérito de la Universidad Nacional de La Plata y de la Facultad Católica de La Plata. Profesor consulto de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Profesor Honoris Causa de la Universidad Notarial Argentina. Autor de diversos libros y de numerosos trabajos doctrinarios publicados en revistas jurídicas especializadas, entre ellas La Ley, El Derecho y Jurisprudencia Argentina, varios de ellos en coautoría con el Dr. F. A. Trigo Represas.

2 Barbero Domenico : Sistema de derecho privado, Ed. Ejea, Bs. As. 1967, trad. S. Sentis Melendo, T. I, p. 489. Torrente Andrea- Schlesinger Piero : Manuale de diritto privato , Ed. Giuffrè, 16ma. ediz., Milano 1999, p. 400, No. 245. Brebbia Roberto H. : Hechos y actos jurídicos, Ed. Astrea, Bs. As. 1981, T. II, p. 53.

3 Zannoni Eduardo : Derecho de las sucesiones, Ed. Astrea, Bs. As. 1982, 3ra. Edic., T. II, p. 49, No. 22. Compagnucci de Caso R. H.: El negocio jurídico, Ed. Astrea, Bs. As. 1992, p. 78, No. 20. Cifuentes Santos : Negocio jurídico, Ed. Astrea, Bs. As. 1992, p. 313. Orgaz Alfredo : Hechos y actos o negocios jurídicos, Ed. Zavalia, Bs. As. 1963, p. 78, No. 41. Borda Guillermo A. : Tratado de derecho civil. Sucesiones, Ed. Perrot, Bs. As. 1980, con la colaboración del Dr. Federico Peltzer, 5ta. edic., T. II, p. 383, No. 1393.

llamada “cesión de derechos”.

En cuanto a la “sucesión mortis causa” se pueden dar los dos supuestos pre-mencionados, ya que es transmisión universal en el caso de la transferencia a los herederos, mientras aparece la traslación a título particular o singular, en el supuesto del “legado”⁴.

II. Antecedentes de transmisión “mortis causa” en el derecho romano

La transmisión “mortis causa” tiene un remoto origen en el Derecho Romano, que permitía que, en ciertos y contados casos, se concretara “entre vivos” y en otros “mortis causa”. De acuerdo y conforme lo expone Bonfante, “... La sucesión universal implica la adquisición en bloque de todo un patrimonio, pero además continuando por ella la relación jurídica del predecesor pasan de un sujeto a otro los derechos..”. Y agrega que en los antecedentes del Derecho Romano clásico existieron casos en que se daban “entre vivos” y este tipo de transmisión se podía verificar : “ 1) Cuando una persona libre es reducida a la esclavitud (recaída en esclavitud del liberto; reducir a ese estado a la mujer que no quiere desistir de su unión con el esclavo ajeno, etc.), 2) Cuando una persona “sui iuris” se sujetaba , mediante la “arrogatio” a la patria potestad de otro, 3) cuando, la mujer “sui iuris” quedaba sometida a otra persona mediante la confarreatio, etc., ”⁵.

El autor citado, llega a concluir que la sucesión universal entre vivos, era siempre la consecuencia de “...una adquisición de una potestad única : la “manus”, pues la persona de quién se adquiría el patrimonio sufría una “capitis diminutio” en los casos de sujeción a la “manus” y a la “patria potestas”⁶.

En cuanto a la transferencia “mortis causa” constituyó una especial categoría del Derecho romano. Tenía una dependencia necesaria de un estado o situación o título especial, que era el de ser “heredero”. De acuerdo al eminente romanista referido, “...El grupo agnaticio o la gens, no se dividía a la muerte del paterfamilias, sino que se mantenía unido , por lo que se entiende que el sucesor era quién continuaba una especie de potestad sobre la gens, y su evidente efecto y consecuencia sobre los bienes que le comprendían ”⁷.

III. Aceptación y repudiación. El metodo seguido en el Cod. Civ. y Com. y la libertad entre aceptar o repudiar

Todo lo relativo a la aceptación y repudiación o renuncia a la herencia, se encuentra previsto en el Título II do. del Libro V (De las sucesiones) del Código civil y comercial (arts. 2286 a 2301). Se divide en 3 Capítulos, el primero trata sobre “El derecho de opción” (arts. 2286 a 2292), el segundo sobre la “ Aceptación de la herencia” (arts. 2293 a 2297), y el tercero y último sobre la “ Renuncia a la herencia” (arts. 2298 a 2301).

4 Azpíri Jorge O. : Derecho sucesorio, en la colección “Incidencias del Código civil y comercial, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2015, p. 35, No. 6. Rébora Juan Carlos : Derecho de las sucesiones, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1952, 2da. edic., T. I, p.373, No. 293. Albaladejo Manuel : Curso de derecho civil. Sucesiones, 11ava. Edic., puesta al día por la Dra. Silvia Díaz Alabart, Ed. Edisofer, Madrid 2015, T. V, p. 290, No. 56. Puig Brutau José : Fundamentos de derecho civil, Ed. Bosch, Barcelona 1977, T. V, v. II, p. 400.

5 Bonfante Pietro : Instituciones de Derecho Romano, Ed. Reus, Madrid 1965, trad. de Luis Bacci y Andrés Larrosa, 3ra. Edic., p. 548, No. 184. Sohm Rodolfo . Derecho privado Romano, historia y sistema, Ed. Nacional, Mexico 1975, trad. de Wenceslao Rocés, p. 310, No. 94.

6 5 Id. nota anterior y : Petit Eugene : Tratado elemental de Derecho Romano, Ed. Saturnino Calleja, Madrid 1924, trad. de José Ferrández Gonzalez, y prologo de José Maria Rizzi, p. 511, No. 531.

7 Bonfante P. : Instituciones de Derecho Romano, cit., p. 559, agrega : “...Por lo tanto la fórmula que usan los modernos , o sea suceder o reemplazar en la posición jurídica del difunto, no es otra cosa que la traducción exacta de la romana, salvo que, por los modernos es entendida mas bien en sentido cuantitativo (adquisición universal), que cualitativo (identidad de las relaciones jurídicas).

En el Código civil anterior tanto la aceptación como la renuncia a la herencia se hallaban reguladas en el Libro IV (De los derechos reales y personales), en el Título II do. “De la aceptación y repudiación de la herencia” (arts. 3311 a 3353), ocupándose mas adelante (arts. 3354 y ss.) de la denominada “aceptación con beneficio de inventario”, “derechos y deberes del beneficiario”, “administración..”, etc.

Pareciera que el método empleado en el nuevo Código civil y comercial, mejora al anterior pues le brinda mayor precisión y certeza, aunque es de considerar que no se anotan mayores diferencias en los resultados y efectos previstos.⁸

A mas de lo indicado es importante señalar que existe un amplio campo de decisión por parte del heredero, de aceptar o repudiar la herencia, tal como lo dispone el art. 2287. Es dable señalar que el carácter de heredero se obtiene por imperio de la ley desde el mismo momento en que fallece el causante, y de ese modo aparece en una situación de pendencia, a lo que algunas normas cualifican como “heredero presuntivo” o “heredero sucesible” (Conf. arts. 3321, 3323, 3326 y 3327 del Cod. civ. y com.)⁹.

Esta libertad de contenido optativo, tiene algunas características y límites, a las que se refiere el art. 2287 citado. El sucesor no puede aceptar en parte y renunciar el resto; aunque si los términos de manifestación de voluntad son solamente por la aceptación, y esta es parcial, se la entiende y extiende a la totalidad. En cambio y en oposición la aceptación sometida a alguna modalidad (plazo, cargo o condición), se considera no hecha, es decir no produce el efecto de admitir y acceder¹⁰.

PARTE PRIMERA.

IV. Aceptación de la herencia.

Las herencias pueden ser: aceptadas o repudiadas, de ese modo se las adquiere o se las renuncia. La aceptación constituye un acto de manifestación de voluntad unilateral del heredero testamentario o legal, quién de esa manera perfecciona su calidad sucesoria y consecuentemente adquiere los derechos y asume las obligaciones consiguientes. Por aquello de que a nadie se le impone la calidad de heredero, el art. 2287 del Cod. civ. y com., reconoce expresamente el derecho a la libertad de aceptar o renunciar a la herencia¹¹.

8 Ferrer Francisco A. M.: Coment. a los arts. 2286 y ss., en “Alterini J. H. “ (dir.), Alterini I. E. (Coord.), Cod. civ. y com., comentado. Tratado exegético, Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2019, T. XI, p. 145 y ss. Azpiri J. O.: Derecho sucesorio, en la Colección “Incidencias del Cod. civ. y com.” cit., p. 64, No. 13. Flammá Maximiliano: Coment. a los arts. 2286 y ss., en “Rivera J. C.- Medina G.”, Cod. civ. y com., de la Nac., comentado, Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2014, T. VI, p. 39 y ss.

9 Esta cuestión en cierto modo decide por cual de los sistemas se ha inclinado la ley civil y comercial nacional, es decir el “romano”, o el “germano”, tema que trato mas adelante.

10 En el Derecho francés Terré François et Lequette Yves: Droit civil. Les successions. Les libéralités, Ed. Dalloz 3ème. Edit., Paris 1997, p. 533, No. 645, afirman: “...La transmission de la succession s’opere de plein droit, mais ne s’impose pas au successible. Celui-ci dispose d’une option à trois branches: acceptés purement et simplement, accepter sous bénéfice d’inventaire, renoncer.”

11 Garbini Beatriz: Coment. al art. 2287, en “Bueres A. J. “ (dir.), Cod. civ. y com. de la Nac., y normas complementarias, análisis doctrinal., Azpiri Jorge O. (Coord.), Ed. Hammurabi, Bs. As. 2017, T. V, p. 64 y ss. Hidalgo García Santiago: “La adquisición de la herencia”, en el libro “La sucesión hereditaria y el juicio sucesorio”, Ed. Thomson Reuters. Aranzadi, Madrid 2015, 2da. edic., p. 53 y ss. Borda Guillermo A.: Tratado de derecho civil. Sucesiones, Ed. Perrot, Bs. As. 1980, 5ta. edic., con la colaboración de Federico J. M. Peltzer, T. I, No. 183. Kipp Theodor: Derecho de sucesiones, en el “Tratado de derecho civil” de Enneccerus L.- Kipp T.- Wolf M., Ed. Bosch, Barcelona 1976, Trad. de Helmut Going, con estudios de comparación y jurisprudencia de Ramón Roca Sastre, 2da. edic., española al cuidado de Luis Puig ferriol y Fernando Badosa Coll, T. V, v. II, p. 22, No. 86.

En el Derecho comparado siempre se disputaron dos sistemas opuestos referidos al régimen de las sucesiones. El conocido como “Romano” que exige la aceptación de la herencia para la producción de los efectos sucesorios, y el “Germano” que prescinde de dicho acto, y la herencia se adquiere en plenitud desde el mismo momento de la muerte del causante apareciendo como innecesaria la aceptación¹².

Ello llevó a que en la doctrina española se generara un importante debate sobre el sistema que habría adoptado el Código civil de ese país. Por una parte el célebre García Valdecasas, sostuvo que el sistema seguido era el “Germano” que la adquisición de la herencia se produce y perfecciona “ipso iuris”, es decir sin necesidad alguna de un acto de aceptación; por su parte y en sentido opuesto, el profesor Manuel Albaladejo, consideró que el régimen adoptado era el “Romano” que requiere la aceptación, ya que en tanto este acto no se concrete la herencia permanece como “yacente”, salvo algunos casos de excepción, como el iterado ejemplo de la manera y forma de adquisición de los legados¹³.

Considero que en el Código civil y comercial de la Nación, se impone esta última idea, ya que el requerimiento de la “aceptación” aparece como requisito necesario en la forma de concretar el derecho sucesorio. Y dicha concepción surge prevista en el art. 2337 del Cod. civ. y com., con respecto a los ascendientes, descendientes y conyuge quienes quedan investidos como “herederos forzosos” desde el mismo tiempo en que acaece la muerte del causante¹⁴.

V. Características de la aceptación.

La aceptación de la herencia reúne una serie de elementos y características que la distinguen; así es posible sostener que: a) Es una manifestación de voluntad que corresponde y posee naturaleza de acto o negocio jurídico, b) debe ser ejercido en un tiempo determinado (art. 2288), c) resulta “indivisible” (art. 2287), d) es transmisible a los sucesores del heredero (art. 2290), e) es irrevocable o absoluta, y f) posee y tiene efectos retroactivos (art. 2291).

a. Acto o negocio jurídico.

La aceptación es un “acto o negocio jurídico”, ya que reúne los requisitos que corresponden a dicha categoría: es un acto voluntario, lícito, y que posee como finalidad inmediata producir los efectos legales consecuentes. De allí su coincidencia con lo previsto en el art. 259 del Cod. civ. y com., a lo que se agrega su carácter de “no recepticio”, lo cual implica que resulta innecesario su anoticiamiento para que produzca sus propios efectos¹⁵.

12 Hidalgo García S.: Adquisición de la herencia, en el libro “La sucesión hereditaria y el juicio sucesorio”, cit., p. 54. Puig Brutau José: Fundamentos de derecho civil, Ed. Bosch, Barcelona 1975, 2da. edic., T. V, v. I, p. 161. Fernández Hierro José M.: Teoría general de la sucesión. Sucesión legítima y contractual, Ed. Comares, Granada 2007, p. 45 y ss.

13 Albaladejo García Manuel: Adquisición de la herencia en el Derecho español, en Anuario de Derecho civil, Madrid 1955, p.25 y ss. García Valdecasas Carlos: La adquisición de la herencia en el Derecho español, en Rev. de Derecho Privado, Madrid 1944, p. 89 y ss.

14 Gonzalez Magaña Ignacio: Coment. al art. 2337, en “Rivera J. C. – Medina G.”, Cod. civ. y com., de la Nac., coment., cit., T. VI, p. 181. Ferrer Francisco A. M.: Coment. al art. 2337, en “Cod. civ. y com., comentado, cit., T. XI, p. 305 y ss. El citado autor aclara muy bien, al decir: “...Esta norma integra el Título VII, Proceso sucesorio, sin embargo dispone efectos desde el instante mismo de la muerte del causante para algunos herederos. Es decir sus efectos comienzan a regir previamente a la existencia del proceso judicial sucesorio...”

15 Sobre el concepto de acto o negocio jurídico: Orgaz Alfredo: Hechos y actos o negocios jurídicos, Ed. Zavalía, Bs. As. 1968, p. 49, No. 31. Tobías José W.: Tratado de derecho civil. Parte general, Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2018, T. III, p. 399 y ss. Compagnucci de Caso R. H.: El negocio jurídico, Ed. Astrea, Bs. As. 1992, p. 38 y ss. Cifuentes Santos: Negocio jurídico, Ed. Astrea, Bs. As. 2004, 2da. edic., p. 140 y ss. De Castro Federico: El negocio jurídico, Ed. Civitas, Madrid 2001, p. 16 y ss. Carnelutti Francesco: Teoría general del derecho, Ed. Comares, en la colección “Crítica del derecho”, Dirigida por d. Luis Monereo Perez, trad. de Carlos A. Posada, Granada 2003, p. 243,

Ello lleva a que el acto, como bien afirma el profesor Ferrer, "... se perfecciona con la sola voluntad del aceptante, siendo un acto autónomo e independiente de la voluntad de otras personas que pueden concurrir a la herencia, unos pueden aceptar y otros pueden repudiar la herencia..." . A todo lo cual agrega que se trata de un acto jurídico que permite que sea realizado mediante apoderado con facultades especiales expresas (conf. art. 375 inc. d., del Cod. civ. y com.)¹⁶.

b. Debe ser ejercida en un tiempo determinado.

El art. 2288 del Cod. civ. y com., dispone : " El derecho de aceptar la herencia caduca a los diez años de la apertura de la sucesión. El heredero que no la haya aceptado en ese plazo es tenido por renunciante. El plazo para las personas llamadas a suceder en defecto de un heredero preferente que acepta la herencia y luego es excluido de ésta , corre a partir de la exclusión".

Esta norma viene a dejar en claro la situación que trajo el art. 3313 del Código civil anterior, que generó una dudosa situación jurídica cuando durante veinte años el heredero no ejercía el derecho de opción entre la aceptación y la renuncia. Ello llevó a que se ofrecieran tres soluciones diferentes: a) la primera que el transcurso de ese tiempo, lleva a la caducidad del derecho a renunciar, y por lo tanto debía entenderse la aceptación; b) la segunda , en sentido opuesto, que se lo consideraba como renunciante, y c) la última y mas compleja, que cuando eran varios los herederos, y la mayoría aceptaba , al que guardaba silencio era considerado como aquel que repudiaba la herencia¹⁷.

El art. 2288 muestra claridad a toda esta cuestión que tuvo, tanto en el derecho francés, como en el anterior Código civil, un extenso debate que llevaba a sostener distintas y complejas soluciones. En primer orden que el término se acorta a los diez años que comienzan a considerarse desde el fallecimiento del causante, ya que la referencia a la "apertura de la sucesión" coincide con ello; a mas que se lo califica como un "termino de caducidad" y no de prescripción, lo que es correcto¹⁸.

c. Resulta indivisible.

Este carácter esta previsto en el art. 2287 que prevé que el heredero tiene un derecho propio de opción, por aquello de que "puede aceptar o renunciar" a la herencia. Pero la ley le impide jugar en una especie de reparto electivo, es decir no es viable aceptar en parte la herencia, y renunciarla en otra proporción, ello lleva a su consideración como "indivisible", es decir no está permitido dividir sus opiniones hacia uno y otro lado¹⁹.

No. 109.

16 Ferrer F. A. M. : Coment. al art. 2293, en "Alterini J. H. " (dir.), Alterini I. E. (Coord.), Cod. civ.y com., coment., cit., T. XI, p. 161 y ss. Maffia Jorge : Tratado de las sucesiones, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2010, T. I, No. 215. Castán José : Derecho civil español, común y foral, Ed. Reus, Madrid 1978, 8va. Edic., revisada y puesta al día por José M. Castán Vazquez, T. VI, v. I, p. 140. Messineo Francesco : Manual de derecho civil y comercial, Ed. Ejea, trad. de Santiago Sentis Melendo, Bs. As. 1971, T. VII, p. 239, No. 192. Terré François – Lequette Yves: Droit civil. Les successions. Les libéralites, Ed. Dalloz, 3ème. Edit., Paris 1997, p. 535, No. 645.

17 Ver la importante nota de Velez Sarsfield, al art. 3313 del Cod. civil. Borda G. A. : Trat. Sucesiones, cit., T. I, p. 158, No. 192. Machado José O. : Exposición y comentario del Cod. civ. argentino, Ed. La Facultad, Bs. As. 1920, T. VIII, p. 388. Zannoni E. : Derecho de las sucesiones, cit., T. I, p. 244, No. 205.

18 Borda G. A. : Trat. Sucesiones, cit., T. I, p. 159, No. 193. Rébora J. C. : Derecho de las sucesiones, cit., T. I, p. 212, No. 128. Enseña: "... El derecho de opción , que existe desde que la sucesión ha quedado diferida. , se agota por su ejercicio, y se extingue por prescripción..." Belluscio Augusto C. : El derecho de opción del llamado a la herencia, en L. L. 1995- E- 879. En el Derecho francés : Mazeaud Henri, Leon et Jean : Lecciones de derecho civil, Ed. Ejea, Trad. de Luis Alcalá- Zamora y Castillo, Bs. As. 1964, Pte. IV, v. III, No. 1081. Aubry Ch.. – Rau Ch.: Cours de droit civil, cit. T. VI, No. 620.

19 Ferrer F. A. M. : Coment. al art. 2287, en "Alterini J. H." (dir.), Alterini I. E. (Coord.), Cod. civ. y com., coment.,

Como bien afirma Beatriz Garbini "...La norma prohíbe aceptar o renunciar en forma parcial, ya que "se es o no se es heredero", pues el carácter de sucesor es indivisible. Ya que si la aceptación o la renuncia se hiciera solo por una parte se reputará , tanto en un caso como en el otro, hecha íntegramente...". En similar sentido enseña Azpíri al sostener : "... La asunción de los derechos y obligaciones que corresponden a la calidad del heredero debe ser total, ya que esta situación es indivisible. No se admite que pueda ser aceptante respecto de alguno de los bienes, y renunciante de los otros.."²⁰.

d. Transmisible a los sucesores del heredero.

Si el heredero fallece sin haber ejercido el derecho a aceptar o repudiar , dicha facultad la trasmite a sus sucesores. Así lo dispone el art. 2290, que reafirma la regla de dispone la transferencia y continuidad de todo lo que le pertenecía al causante a favor de sus herederos, en el estado que se encontraban dichas facultades²¹.

Ello trae una serie de efectos y consecuencias que se deben tener en consideración. Lo primero es la aplicabilidad del término de 10 años para aceptar o renunciar previsto en el art. 2288, si comenzó en vida del heredero originario, seguirá corriendo para los noveles sucesores; si hubiera sido intimado para aceptar o renunciar (conf. art. 2289) , con la totalidad de sus condiciones se aplican a los herederos posteriores. Aunque con respecto a esto último algunos autores entienden que se debe realizar una nueva intimación para permitir el ejercicio de la opción con cierta amplitud²².

Cuando son varios los nuevos herederos, estos pueden coincidir en la decisión, y al respecto no se produce inconveniencia alguna. Por otro lado el 2do. párrafo del art. 2288 ya citado, dispone que si hay discordancia entre ellos y unos aceptan y otros repudian, los primeros se verán beneficiados porque dicho acto se extiende a la totalidad de la herencia.

Y para concluir, el ultimo párrafo ordena una curiosa situación, con lo que se podría calificar como situación paradójica declinante. Si el último heredero renuncia a la herencia de su causante directo, la ley extiende dicho abandono y pérdida del derecho en su totalidad, es decir a ambas herencias. El texto de la norma dice : "... La renuncia de la herencia del causante fallecido sin aceptar ni renunciar una herencia a él deferida , implica también la renuncia a ésta..". La solución se ajusta a una situación razonable, si el heredero había renunciado a la herencia del originario titular del derecho, nada recibió y por lo tanto mal puede pretender el ejercicio de un derecho inexistente .

e. Irrevocable.

Este carácter se encontraba previsto en el art. 3341 del Código civil anterior , al expresar " La aceptación importa la renuncia irrevocable de la facultad de repudiar la herencia..", y en este

cit., T. XI, p. 147. Maffia Jorge : Trat. de las sucesiones, cit., T. I, No. 192. Mazeaud H. - L- et J. : Lecciones de derecho civil, cit., Pte. IV, v. III, p. 9, No. 1069. Espín Cánovas Diego: Manual de derecho civil español, Ed. R. D. P., Madrid 1978, T. V (sucesiones), p. 68.

20 Garbini B. : Coment. al art. 2287, en "Bueres A. J. " (dir.), Cod. civ. y com., y normas complementarias, coment., cit., T. V, p. 66. Azpíri J. O. : Derecho sucesorio, en la colección "Incidencias del Cod. civ. y com., cit., p. 64, No. 13.

21 Flamma Maximiliano : Coment. al art. 2290, en "Rivera J. C. - Medina G. ", Cod. civ. y com. de la Nac., coment., cit., T. VI, p. 58 y ss. Borda G. A.: Trat. Sucesiones, cit., T. I, p. 162, No. 196. Messineo F. : Manual de derecho civil y comercial, cit., T. VII, p. 250. Natale Roberto : Reflexiones sobre la aceptación y la renuncia a la herencia en el Anteproyecto de Código civil, en J. A. 2012- III- No. VIII.

22 Id. a la nota anterior y : Zannoni E. : Derecho de las sucesiones, cit., T. I, p. 255, No. 217. Garbini B. : Coment. al art. 2290, en "Bueres A. J. " (dir.), Cod. civ. y com. de la Nac., y normas complementarias, cit., T. V, p. 75. Santos Briz Jaime : Derecho civil. Teoría y práctica, Ed. R. D. P., Madrid 1979, T. VI (Sucesiones), p. 51 y ss.

supuesto lo que la norma impedía, era que mas luego de aceptar se pretendiera renunciar. Aunque el art. 3340 del citado Código, tenía un supuesto que permitía a los acreedores del heredero promover la acción revocatoria o pauliana, cuando la aceptación lo era de una herencia que tenía un estado casi de falencia, y conllevaba gravar con numerosas deudas el pasivo del sucesor aceptante.

Creo que el principio de "irrevocabilidad" se mantiene en cuanto a que quien aceptó la herencia, hoy tiene el beneficio de inventario en su favor, y se aplica el principio de la responsabilidad "intra vires" de los herederos (conf. art. 2317 del Cod.civ.y com., similares a lo que disponían los arts. 3363 y 3366 del Cod. civ. conf. a lo modificado por la ley 17.711)²³.

f. Efecto retroactivo.

Tanto la aceptación como la renuncia a la herencia causan y producen su efecto con retroactividad al momento del fallecimiento del causante. Ello implica que, tanto la consolidación del derecho del heredero, como su extinción deben ser considerados temporalmente al tiempo de producirse su origen y nacimiento.

En el Código civil anterior dicha consecuencia estaba prevista en los arts. 3282, 3341 y 3353, y en la ley actual vigente, el art. 2291 dispone: "Efectos. El ejercicio del derecho de opción tiene efecto retroactivo al día de la apertura de la sucesión". Ello viene a confirmar el principio de que a nadie se le impone el carácter de heredero, ya que lo es al tiempo del fallecimiento del "de cuius" (arts. 2277 y 2280), pero se confirma o extingue posteriormente con y mediante el ejercicio de la opción prevista²⁴.

VI. Capacidad.

El Código civil y comercial vigente carece de una norma específica que determine y regule la capacidad necesaria para aceptar herencias. Por el contrario el Código civil anterior, en el art. 3333 expresaba como regla general: "...Pueden aceptar o repudiar la sucesión todos los que tienen la libre administración de sus bienes..", agregando que la correspondiente a "incapaces" debía cumplir las reglas referidas y vinculadas con la necesaria para obligarse o renunciar. Esta disposición recibió algunas objeciones en cuanto a que al tratarse de un acto de "disposición", no debió referirse a las normas correspondientes a la "administración de los bienes", ya que el alcance y presupuesto difieren²⁵.

La segunda parte del art. 3333 del Código civil aclaraba bien que "... La herencia que corresponde a personas incapaces de obligarse o de renunciar a su derecho, no puede ser aceptada ... sino bajo las condiciones y en las formas prescriptas por la ley para suplir su incapacidad..".

23 Mazeaud H., L., et J. : Lecciones de derecho civil, cit., Pte. IV, v. III, p. 37, aclaran: "... El llamado en segundo lugar, puede ya antes que falte el primer llamado, y para el caso que la herencia recayere en él, aceptar o renunciar..".

24 Mafía J. : Tratado de las sucesiones, cit., T. I, No. 197. Zannoni E. : Derecho de las sucesiones, cit., T. I, p. 269, No. 231. Ferrer F. A. M.: Coment. al art. 2291, en "Alterini J. H. " (dir.), Alterini I. E. (Coord.), Cod. civ. y com., coment., cit., T. XI, p. 156. Castán J. : Derecho civil, común y foral, cit., T. III, v. I, p. 143, comentando lo dispuesto en el art. 989 del Código civil español. Santos Briz J. : Derecho civil, teoría y práctica, cit., T. VI, p. 53, quién dice: "... Los efectos de la aceptación y la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quién se hereda. Por lo tanto son retroactivos..".

25 Machado José O.: Exposición y comentario del Cod. civ. Argentino, Ed. Lajouane, Bs. As. 1901, T. VIII, p. 427, No. 916. Dice: "...La aceptación es una especie de enajenación del derecho de renunciar, y trae consigo la obligación de pagar con su propio peculio las cargas de la sucesión..."; y agrega: "...La renuncia es una verdadera enajenación de los derechos hereditarios, y por ésta razón uno y otro acto no pueden ser ejecutados válidamente sino por los que son capaces de obligarse y de enajenar, o que tienen la libre administración de sus bienes..". Es similar la situación en el Derecho español: Espín Diego : Manual de derecho civil español, cit., T. V, p. 53. Castán J. : Derecho civil español, común y foral, cit., T. VI, v. I, p. 147.

En atención a lo indicado y muy a pesar de su carencia de vigencia actual, considero de utilidad tener presente lo antes referido en cuanto a lo dispuesto en el Código civil; la regla aplicable no cambia en cuanto a que las personas plenamente capaces pueden aceptar o repudiar herencias. Incluso es posible otorgar apoderamiento para dichos actos, que cumpla con lo previsto en el art. 375, inc. d), es decir contenga el poder especial para aceptar o repudiar herencias²⁶.

En cuanto a los incapaces de hecho como el caso de los menores de 18 años de edad, el acto puede ser realizado por sus padres como representantes legales, al igual que los que cumplir similar función como tutores o curadores, o los con capacidad restringida a quienes se exige la autorización judicial y conformidad de los "apoyos" que se les haya designado (Conf. arts. 22, 24, 29, 32 y 43 del Cod. civ. y com.).

VII. Formas.

En cuanto a las formas de la aceptación se asimila a las manera de exteriorización de la voluntad, es decir "expresa", o "tácita", y además vinculado a ello hay dos situaciones específicas en cuanto a la que se realiza "con beneficio de inventario", o "simplemente".

VIII. Expresa o tácita.

El art. 2293 determina estas dos formas de aceptación al indicar : "...La aceptación de la herencia puede ser expresa o tácita..".

De ese modo se concreta de manera expresa cuando alguien toma para si el carácter de heredero, y la exteriorización de la voluntad tiene como objetivo que otro conozca el contenido de sus deseos. O bien como se ha sostenido " si bien desinteresan los medios empleados, como la palabra oral o escrita, o gestos u otros actos sensibles, deben indicarse actos positivos que tengan como fin el trasladar la voluntad hacia los demás ... "²⁷.

En el caso de la mentada aceptación, el artículo 2293 agrega : "... Es expresa cuando el heredero toma la calidad de tal en un acto otorgado por instrumento público o privado...". Lo cual implica que dicha expresión de la voluntad que, tiene como finalidad recibir y convalidar la herencia, queda volcado en un instrumento que puede tener carácter público, como verbigracia una "escritura pública", o privado .

Por otra parte la "aceptación tácita" se brinda cuando se debe inferir de la conducta o comportamiento del sujeto en razón de los denominados "actos concluyentes" que no resultan medios idóneos normales de exteriorización de la voluntad (facta concludentia). Como mejor lo explica Larenz en la prestigiosa doctrina alemana "... Se emplea la expresión "declaración de voluntad tácita" cuando se designa con ella un acto o manifestación de palabras que realmente no expresan de modo inmediato una determinada voluntad

26 Machado J. O. : Exposición y coment. del Cod. civ. Arg., cit., T. VIII, p. 53. Zannoni E. : Derecho de las sucesiones, cit., T. I, p. 272, No. 235. Rébora J. C. : Derecho de las sucesiones, cit., T. I, p. 252, No. 153. Santos Briz J. : Derecho civil. Teoría y práctica, cit., T. VI, p. 33. Hidalgo García S. : La adquisición de la herencia, en el libro " La sucesión hereditaria y el juicio divisorio", cit., p. 62 y ss.

27 Cifuentes S. : Negocio jurídico, cit., p. 64, No. 29. Spota Alberto G. : Tratado de derecho civil. Parte general, Ed. Depalma, Bs. As. 1960/ 1968 , T. I, v. 3- 6 (8), p. 221, No. 1817. Salvat Raymundo- Acuña Anzorena Arturo : Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones, Ed. Tea, Bs. As. 1957 , 2da. edic., T. I, p. 54, No. 43/ 44. De Castro y Bravo El negocio jurídico, Ed. Civitas, Madrid 1985. p. 66, No. 83. Compagnucci de Caso R. H. : El negocio jurídico, cit., p. 142, No. 42. Albaladejo Manuel : El negocio jurídico, Ed. Bosch, Barcelona 1956, p. 86, No. 55. Aclara : "... En la declaración expresa desinteresan los medios empleados, ya se trate de la palabra oral o escrita, u otros signos sensibles..", y agrega : "... siempre que indiquen actos positivos que tengan como objetivo el trasladar la voluntad a otro o a otros...."

de producir efectos jurídicos, pero permite inferir de lo dicho o realizado una voluntad de realización de dichos efectos legales..”²⁸.

Sobre este último supuesto el citado art. 2293 en su parte final dispone: “... Es tácita si otorga un acto que supone necesariamente su intención de aceptar y que no puede haber realizado sino en su calidad de heredero..”. El art. 2294 da una serie de ejemplos donde se aplica el principio enunciado, tales : a) la iniciación del juicio sucesorio, o su presentación en otro expediente donde reclama calidad de herederos o derechos; b) disponer a título oneroso o lucrativo de un bien, o realizar actos posesorios sobre él; c) la ocupación o habitación de un inmueble de propiedad del causante, luego de un año del fallecimiento; d) cuando es demandado y no opone su estado de no aceptante de la herencia; e) haber cedido sus derechos hereditarios; f) la renuncia a la herencia a favor de otro heredero, aun siendo el acto gratuito; y g) otra vez, la renuncia onerosa o por un precio a favor de otros herederos²⁹.

IX. Aceptación con o sin beneficio de inventario.

Otra de las clasificaciones que se brindan para la aceptación es si realiza mediante y usando el “beneficio de inventario”, o bien de manera simple y corriente.

La aceptación mediante el comúnmente denominado “beneficio de inventario” implica que el heredero solamente va a responder por las deudas del sucesorio, hasta el importe de los bienes que recibe . Ese fue el régimen que imperó en nuestro derecho hasta el año 1968 que, en el supuesto de aceptación simple imponía el sistema romano de confusión de patrimonios y la denominada “responsabilidad ultra vires” (Conf. art. 3342 del Cod. civ. original). La ley 17.711 modificó los arts. 3363 y 3366, estableciendo que toda aceptación se presume realizada con “beneficio de inventario”, y consecuentemente toda responsabilidad lo sería “intra vires”³⁰.

El Código civil y comercial ha eliminado la clasificación referida, y en el Capítulo V (arts. 2316 a 2322) trata todo lo referido a la “Responsabilidad de herederos y legatarios”, específicamente en el art. 2317 indica el límite de la responsabilidad del heredero por las deudas del sucesorio y legados, hasta el importe de los bienes que recibe³¹.

28 Larenz Karl : Derecho civil. Parte general, Ed. R.D. P. , trad. de Matias Izquierdo, Madrid 1978 , p. 488. Cariota Ferrara Antonio: El negocio jurídico, Ed. Aguilar, Madrid 1958, trad. de Manuel Albaladejo, p. 336, No. 97. García Amigo : Instituciones de derecho civil. Parte general, Ed. R.D.P., Madrid 1979, p. 693, No. 99. Araux Castez Manuel : Derecho civil. Parte general, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias sociales, Bs. As. 1974, T. II , p. 165, No. 1354.

29 Ferrer F. A. M. : Coment. al art. 2293, en “Alterini J. H. “ (dir.), y “Alterini I. E. “ (Coord.), Cod. civ. y com., coment., cit., T. XI, p. 166 / 167, el ilustre autor, enseña que el nuevo Cod. civ. y com. , a tomado en cuenta lo dispuesto en el art. 782 del “Code”civil francés, y exige dos condiciones para perfeccionar la aceptación tácita de la herencia; una que suponga necesariamente su intención de aceptar y otra que, no lo haya podido realizar sino en su calidad de heredero. Garbini B. : Coment. al art. 2293, en “Bueres A. J. “ (dir.), Cod. civ. y com. de la Nac., y normas complementarias, cit. , T. V, p. 81. Natale Roberto : Reflexiones sobre la aceptación y la renuncia de la herencia en el Anteproyecto de Cod. civil, en J. A. 2012- III- V.

30 Zannoni E. : Derecho de las sucesiones, cit., T. I, p. 269, No. 232. Borda G. A. : Trat. Sucesiones, cit., T. II, p. 191, No. 233. Rébora J. C. : Derecho de las sucesiones, cit., T. I, p. 255, No. 155. Maffia J. : Tratado de las sucesiones, cit., T. I, p. 378, No. 283. Santos Briz J. : Derecho civil, teoría y practica, cit., T. VI, p. 69, realiza una importante distinción en el Derecho comparado sobre las diferencias entre la responsabilidad “intra vires”, de aquella de responsabilidad “ultra vires”, dice : “... El B.G.B. y el Cod.civil Suizo, siguen el sistema germánico donde el heredero no responde “ultra vires”; Los sistemas de inspiración romana (Cod. francés, italiano, español, etc.), presumen la responsabilidad ilimitada del heredero, salvo que acepte a beneficio de inventario..”

31 García de Solavagione Alicia : Coment. al art. 2317, en “Bueres A. J. “ (Dir.), Cod. civ. y com. de la Nación, y normas complementarias, cit., T. V, p. 133 y ss. Azpiri J. O. : Derecho sucesorio, cit., p. 97, No. 29. Perez Lasala F. : Coment. al art. 2317, en “Rivera J. C. – Medina G. “, Cod. civ. y com., de la Nac., coment., cit., T. VI, p. 135 y ss.

Dicha separación patrimonial se encuentra condicionada a que el heredero no obre conforme a algunos de los supuestos previstos en el art. 2321, los que sumariamente son los siguientes: a) si fue intimado judicialmente y no cumple con el inventario en el término de 3 meses; b) oculta obrando de mala fe, bienes del sucesorio en el inventario; c) exagera dolosamente el pasivo; y d) vende bienes del sucesorio, salvo la conveniencia del acto y el ingreso del precio a la masa.

X. Aceptación forzada o impuesta por la ley.

La aceptación que tiene como naturaleza ser un acto jurídico voluntario, tiene una excepción en el art. 2295 que ante el acto doloso y con evidente mala fe del heredero que “oculta bienes del acervo hereditario..”, lo declara aceptante, le impone dicha situación, y consecuentemente le impide renunciar.

La norma referida adiciona a todo ello la obligación de restituir dichos bienes “in natura”, o el valor económico de los mismos; y lo castiga con la obligación ilimitada para responder por las deudas del causante y demás cargas. Para concluir con dichas sanciones le hace perder el derecho sucesorio sobre los bienes ocultos³².

En general los autores señalan que estos actos teñidos de ilicitud y con verdadero “animus nocendi” deben hacer acaecido con posterioridad al fallecimiento del causante, ya que en hechos anteriores no aparecen encuadrados en esta normativa. El haber ocultado las cosas que integraban el activo patrimonial hereditario lleva a imponer varias consecuencias que agravan la situación del heredero que obra de ese modo. Entre ellas: le hace perder el denominado anteriormente como “beneficio de inventario”, y produce la confusión de patrimonios. También concluye su derecho sobre los bienes que fueron objeto de ocultación, que van a integrar la masa del resto de los herederos. Como curiosa situación Beatriz Gambini plantea el caso cuando se trata de un único heredero, y considera que los bienes se deben a los herederos de grado subsiguiente, luego del pago a los acreedores y legatarios³³.

XI. Nulidad de la aceptación.

La nulidad de la aceptación de las herencias se encontraba prevista en el Código civil anterior en los arts. 3335 a 3339, y vinculado a lo que disponían los arts. 1037 a 1058 bis. El actual Código civil y comercial, carece de normativa específica y como se trata de supuestos de ineficacia de un acto jurídico es necesario remitir a lo que hoy disponen los arts. 382 a 397 del citado Código³⁴.

Al respecto y de manera sucinta presento alguno de los supuestos que pueden invalidar

32 Ferrer F. A. M. : Coment. al art. 2295, en “Alterini J. H. “ (dir.), Alterini I. E. (Coord.), Cod. civ. y com., coment., cit., T. XI, p. 176 y ss. Mendez Costa M. J. : Capacidad para aceptar y repudiar herencias, cit., p. 70. Flamma M. : Coment. al art. 2295, en “Rivera J. C. – Medina G. “ (directores), Cod. civ. y com. de la Nac., coment., cit., T. VI, p. 75. Mazeaud H, K y J. : Lecciones de derecho civil, cit., Pte. IV, T. II, p. 34, No. 1096. Terré F. – Lequette Y. : Droit civil. Les successions., cit., p. 535, No. 646.

33 Gambini B. : Coment. al art. 2295, en “Bueres A. J. “ (dir.), Cod. civ. y com., y normas complementarias, coment., cit., T. V, p. 85 / 86. Azpiri J. O. : Derecho sucesorio, cit., p. 67 y ss. Flamma M. : Coment. al art. 2295, en “Rivera J. C. – Medina G. “ (directores), Cod. civ. y com. de la Nac., coment., cit., T. VI, p. 75 y ss.

34 Tobias José W. : Tratado de derecho civil. Parte general, Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2018, T. III, p. 1095 y ss. Compagnucci de Caso Rubén H. : Coment. a los arts. 382 y ss., en “Bueres A. J. “ (dir.), Cod. civ. y com. de la Nac., y normas complementarias, cit. T. I- B, p. 561 y ss. Lloveras de Resk Maria E. : Tratado teórico práctico de las nulidades, Ed. Astrea, Bs. As. 1985, p. 4 y ss. Zannoni Eduardo : Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, Ed. Astrea, Bs. As. 1986, p. 122 y ss. Nieto Blanc A. : Ineficacia y nulidad, en E. D. 116- 725. Llambias Jorge J. : Tratado de derecho civil. Parte general, Ed. Perrot, Bs. As. 1973, 5ta. edic., T. II, p. 548, No. 1845. Cifuentes Santos : Negocio jurídico, Ed. Astrea, Bs. As. 1992, p. 587.

el acto por nulidad. A modo de ejemplo se pueden presentar los casos de a) incumplimiento de las formas legales, b) incapacidad del sujeto declarante, y c) cuando la declaración contenga algún vicio de la voluntad³⁵.

El art. 285 dispone que el incumplimiento de la forma que determina la ley puede llevar a la ineficacia en el caso que se la exige como requisito sustancial. En el supuesto de la aceptación expresa es necesario que se realice mediante un instrumento público o privado (art. 2293), al igual que los actos que lleven a considerar una aceptación tácita (art. 2294), de allí que si se tratara de concretar mediante la expresión verbal, dichos supuestos carecerían de valor y efecto³⁶.

Con respecto a la capacidad de las personas que realicen el acto de aceptación, en principio y como regla general es necesario que las mismas cumplan con lo previsto en los arts. 22, 23 y 24 del Cod. civ. y com., es decir que dicha aptitud la tengan en plenitud. En los casos de menores de edad, capacidad restringida o incapaces, son sus representantes y apoyos los que deben concurrir conforme a lo recaudos previstos por la ley, para realizar el acto o completarlo³⁷.

Y por último, cuando la voluntad se halle afectada por algún vicio, el acto también sufrirá su invalidez. Se da ello en los casos de : error, dolo o violencia (conf. arts. 265 a 275). El error se produce en cuanto se tiene una falsa noción, o se ha desarrollado una equivocada idea, o se desconoce algo. Por su parte el dolo (vicio) resulta de maniobras que realiza una persona para inducir a otra en el error, y la violencia se integra con hechos ajenos que le impiden al sujeto manifestar y realizar el acto con la libertad necesaria. Todos llevan a la ineficacia del acto³⁸.

En cualesquiera de los supuestos, se puede declarar la invalidez, y la nulidad será: absoluta (cuando afecte al orden público, la moral o las buenas costumbres), o relativa en cuanto perjudique los derechos e intereses del aceptante (Art. 386).

PARTE SEGUNDA.

XII. Repudiación o renuncia a la herencia.

Tal como ya lo sostuve en otro ensayo, la renuncia constituye un acto de abdicación,

35 Goldenberg Isidoro- Tobias José W. – De Lorenzo Federico, en “Alterini A. A. – Lopez Cabana”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. Reformas al Cod. civil, p. 283 y ss. Compagnucci de Caso R. H.: El negocio jurídico, cit., p. 508, No. 174. Buteler Cáceres José : El problema de la clasificación de las nulidades, en el libro “Estudios de Derecho civil en homenaje al Dr. Héctor Lafaille”, Ed. Depalma, Bs. As. 1968, p. 193. Trigo Represas Felix A. : Nulidad y reivindicación de subadquirentes, Ed. Lex, La Plata 1978, p. 7º y ss. Cardini Eugenio : Noción y clasificación de la nulidad en el Derecho civil, en L. L. 138- 1306.

36 Azpiri J. O. : Derecho sucesorio, cit., p. 70, No. 13. Zannoni E. : Derecho de las sucesiones, cit., T. I, p. 281, No. 246. Maffía J. : Tratado de las sucesiones, cit., T. I, p. 324, No. 233. Borda G. A.: Trat. Sucesiones, cit., T. II, p. 196, No. 239. Rébora J. C. : Derecho de las sucesiones, cit., T. I, p. 293, No. 185.

37 Santi Mariana : Coment. a los arts. 23 y ss., en “Bueres A. J. “ (dir.), Cod. civ. y com., de la Nac., y normas complementarias, cit., T. I- A, p. 23 y ss. Olmo Juan P. : Coment. al art. 23, en “Rivera J. C. – Medina G. “ (directores), Cod. civ. y com., de la Nac., coment., cit., T. I, p. 132 y ss. Salvat Raymundo- Lopez Olaciregui : Tratado de derecho civil argentino. Parte general, Ed. Tea, Bs. As. 1964, T. I, p. 564. Orgaz Alfredo : Personas individuales, Ed. Depalma, Bs. As. 1946, p. 288.

38 Tobias J. W. : Tratado de derecho civil. Parte general, cit., T. III, p. 263. Brebbia Roberto H. : Hechos y actos jurídicos, Ed. Astrea, Bs. As. 1979, T. I, p. 63. Betti Emilio: Teoría general del negocio jurídico, Ed. R. D. P., trad. de Martin Perez, Madrid 1959, p. 332, Albaladejo Manuel : El negocio jurídico, Ed. Bosch, Barcelona 1958, p. 103. Gallo Paolo ; Istituzioni di diritto privato, Ed. Giappichelli, Torino 2000, 2da. edizione, p. 474, donde trata “ I vici del consenso”.

pérdida o abandono de un derecho o de una situación jurídica en que se encuentra una persona, sin que el renunciante obtenga ventaja alguna .

Por lo tanto renunciar nunca importa trasladar, transmitir o enajenar derechos, sino que constituye una simple dejación de los mismos³⁹.

En el Código civil y comercial se la ubica en el art. 13, en cuanto a las leyes en general se encuentra prohibida y solo resulta admisible en sus efectos en el caso particular, de manera similar a lo que disponía el art. 19 del Código civil anterior. También aparece en la que se corresponde con los “derecho de crédito”, y como un medio de extinción de las obligaciones en el libro III, Cap. V, Sec. IIIra., arts. 944 a 954, de la “Renuncia en general” en los arts. 944 a 956, y sobre la “remisión” (una especie de renuncia), en los arts. 950 a 952⁴⁰.

En lo que aquí interesa, es decir sobre la “renuncia a los derechos hereditarios”, se halla legislada en los arts. 2298 al 2301, que corresponden al Libro V, Tit. II, Tit. IIIro. La figura ha sido bien definida por don Manuel Albaladejo, al decir : “ La repudiación es rechazar la herencia, o la parte de ella que sea llamada por la delación que se repele..”; o el concepto que enseña el profesor Ferrer al indicar : “ La renuncia o repudiación de la herencia es una declaración formal y unilateral del sucesible , por la cual manifiesta su voluntad de no ser heredero..”⁴¹.

En consideración a su naturaleza es dable sostener que se trata de un acto jurídico negocial de tipo unilateral, que tiene y produce el efecto de abandono y pérdida del derecho del heredero a la herencia que le pudiese corresponder.

XIII. Caracteres.

Esta clase de renuncia reúne ciertos caracteres que la identifican y distinguen por su esencia y particularidad. Así es posible sostener que es : a) un acto jurídico negocial unilateral expreso; b) formal; c) resulta retractable; y d) indivisible.

a) Acto jurídico negocial, unilateral y expreso.

Al tratarse de un acto voluntario, lícito que produce efectos jurídicos inmediatos, es evidente su coincidencia con lo previsto en el art. 259 del Cod. civ. y comercial. A mas de ello es posible afirmar su “unilateralidad” ya que la renuncia se integra y completa mediante la sola voluntad declinante del sujeto titular del derecho⁴².

39 Compagnucci de Caso R. H. : La renuncia en el derecho de crédito y en el derecho hereditario, en L. L. diario del 23 de octubre del 2024. Cano Martínez de Velasco Ignacio : La renuncia a los derechos, Ed. Bosch, Barcelona 1986, p. 11 y ss. Ossola Federico A. : Tratado de la renuncia de los derechos y de las obligaciones, Ed. La Ley, Bs. As. 2012, p. 131 y ss. Stolfi Giuseppe: Teoría del negocio jurídico, Ed. R. D. P., Madrid 1959, trad. Jaime Santos Briz, p. 66, No. 17. Cazeaux P. N.- Trigo Represas F. A. : Derecho de las obligaciones, cit., T. III, p. 478, No. 1743.

40 Gagliardo Mariano : Tratado de las obligaciones, Ed. Zavallia, Bs. As. 2016, T. II, p. 283. Llamblas Jorge J. : Tratado de derecho civil. Obligaciones, Ed. Perrot, Bs. As. 1973, 5ta. edic., T. II , p. 668, No. 2096. Borda Guillermo A. : Tratado de derecho civil. Obligaciones, Ed. Perrot, Bs. As. 2008, actualizado por el Dr. Alejandro Borda, T. I, p. 682, No. 965. Compagnucci de Caso R. H.- Farina N.- Negri J. N.- Moreno V. : Derecho de las obligaciones, Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2018, p. 689.

41 Albaladejo Manuel : Curso de derecho civil. Derecho de las sucesiones, cit., p. 10, No. 8. Ferrer F. A. M. : Coment. al art. 2298, en “Alterini J. H. “ (dir.), Alterini I. E. (Coord.), Cod. civ. y com., comentado, cit., T. XI, p. 188.

42 Ferrer F. A. M. : Coment. al art. 2298, en “Alterini J. H. “ (dir.), Alterini I. E. (Coord.), Cod. civ. y com., coment., cit., T. XI, p. 183. Garbini B. : Coment. al art. 2298, en “Bueres A. J. “ (dir.), Cod. civ. y com., de la Nac. y normas complementarias, coment., cit., T. V, p. 89. Kipp Theodor : Derecho de sucesiones, en “Enneccerus L.- Kipp T.- Wolf M. “, Tratado de derecho civil, trad. de la 11ava. Edic. alemana de Helmunt Coing, con estudios de Derecho comparado de Ramón Roca Sastre, Ed. Bosch, Barcelona 1976, actualizado por Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa

Es por ello innecesaria la manifestación para la conformidad, acuerdo, o asentimiento del resto de herederos, si los hubiere, pues el acto se completa con la sola manifestación abdicativa.

Algunos autores consideran que la ley exige que la exteriorización de la voluntad sea expresa, es decir asertiva y concluyente (conf. art. 2299), no siendo admisible que se pueda inferir de una expresión tácita, es decir que surja de hechos concluyentes⁴³.

b) Formal.

Se trata de un acto de forma solemne absoluta. El art. 2299 exige que el acto abdicativo lleve las formas de : escritura pública, o bien mediante "acta judicial" es decir un instrumento que forma parte del expediente judicial y es realizado en los estrados de la justicia. En ello se anota una diferencia con la aceptación que a su vez puede ser manifestada de manera expresa o tácita, el artículo referido indica que se concreta mediante un medio informático, éste debe ser confiable y fidedigno⁴⁴.

C) Retractable.

Esta característica implica que el sujeto actuante puede dejar sin efecto el acto de renuncia , o desdecirse dejándolo sin valor alguno. Es una manera de que jurídicamente se vuelva atrás , la renuncia desaparezca y pierda toda consecuencia jurídica de abdicación. El art. 2300 del Cod. civ. y com. dispone en su primer párrafo : "... El heredero renunciante puede retractar su renuncia..", mediante lo cual deja sin valor y efecto al acto de repudiación pasando a ser un heredero aceptante⁴⁵.

El citado artículo prevé varios supuestos en que la retractación no resulta posible concretar, y son los siguientes : a) ante la caducidad de la opción prevista en el art. 2288, es decir cuando se produce el término de caducidad de los 10 años, - ya referido con anterioridad- , y no se produjo la aceptación; b) otro caso es cuando otros herederos fueron puestos en posesión de la herencia o es el Estado el que recibe los bienes. Como efecto de la renuncia estos han acrecido sus porciones, y la retroacción perjudicaría sus intereses; y por último c) en los supuestos en que terceras personas , durante el tiempo posterior a la renuncia, han adquirido derechos sobre los bienes hereditarios, y la retractación les produciría un menoscabo a sus derechos⁴⁶.

Coll, T. X, v. II, p. 311, No. 87.

43 Garbini B. : Coment. al art. 2298, en "Bueres A. J. " (dir.), Cod. civ. y com. de la Nac. y normas complementarias, cit., T. V, p. 90, sostiene : "... A diferencia de la aceptación que puede ser tácita, la renuncia requiere una manifestación categórica de voluntad." Zannoni E. : Derecho de las sucesiones, cit., T. I, p. 290, No. 259, a su vez sobre la renuncia indica : "...Es expresa. Dispone el art. 3345 que la renuncia no se presume, por lo que el silencio no debe ser interpretado como tal.."

44 Giani Paula : Coment. al art. 2299, en "Rivera J. C. - Medina G." (directores), Cod. civ. y com. de la Nac., coment., cit., T. VI, p. 81. Compagnucci de Caso R. H.: La renuncia, cit., en L. L. diario del 23- X- 2024. Rébora J. C. : Derecho de las sucesiones, cit., T. I, p. 256. Borda G. A. : Trat. Sucesiones, cit., T. I, p. 210, No. 262. El ilustre jurista realiza un profundo estudio sobre la forma que exigía el anterior Código civil prevista en los arts. 1184 inc. 6, 3345 y 3346. Cuestiones que en cierta medida han quedado solucionadas a la luz de lo previsto en el actual Cod. civ. y comercial.

45 Ferrer F. A. M.: Coment. al art. 2300, en "Alterini J. H. " (dir.), Alterini I. E. (Coord.), Cod. civ. y com., coment., cit., T. XI, p. 186. Azpiri J. O. : Derecho sucesorio, cit., p. 60, No. 12. Maffia J. : Trat. de las sucesiones, cit., T. I, No. 192. Terré F. - Lequette Y. : Droit civil. Les successions. Les libéralités, cit., p. 551, No. 664.

46 Giani Paula : Coment. al art. 2300, en "Rivera J. C. - Medina G. ", Cod. civ. y com. de la Nac., coment., cit., T. VI, p. 86 y ss. Aclara que el nuevo texto supera la incertidumbre del Código civil anterior, en cuanto a que el Estado se encuentra en similar situación a los herederos con vocación eventual. Maffia J. : Trat. de las sucesiones, cit., T. I, No. 192. Forniellas Salvador : Tratado de las sucesiones, Ed. Tea, Bs. As. 1968, T. I, No. 76. Hidalgo García S. : Adquisición de la herencia, en el libro " La sucesión hereditaria y el juicio sucesorio", cit., p. 82, afirma : "...El que repudia la herencia se entiende que no ha poseído nunca.."

d) Indivisible y no admite modalidades (elementos accidentales).

La indivisibilidad de la renuncia posee una idéntica solución que la ley da a la aceptación, en cuanto no puede ser realizada por solo una parte del contenido del derecho hereditario. De allí que el art. 2287 en su 2do. párrafo ordena que tanto la aceptación como la renuncia no pueden ser hechas por una parte de la herencia, y si se incurre en dicho yerro, debe considerarse que no hubo ni aceptación ni renuncia. Al respecto resulta asertiva y correcta la afirmación de Azpiri al expresar : "... tampoco la renuncia puede ser parcial porque no se puede ostentar al mismo tiempo esa condición y la de aceptación de una parte de la herencia.."47.

A todo ello se agrega que también está impedido que el acto de declinación del derecho quede sometido a una condición ,a un cargo, o a un plazo o término (art. 2287 que prohíbe sujetar la renuncia a "modalidades" o a mejor decir "elementos accidentales negociales).

XIV. Efectos.

Son varios los efectos que produce la renuncia sobre su situación ante la herencia. El primero y mas importante se brinda en cuanto a que debe ser considerado y entendido como si nunca hubiera sido llamado a recibir la herencia. Es la denominada pérdida del "ius delationis" , es decir como si nunca hubiera heredado. Este principio estaba consagrado en el art. 3353 del Código civil anterior que disponía : "Se juzga al renunciante como no habiendo sido nunca heredero y la sucesión se defiende como si el denunciante nunca hubiera existido". Velez siguió al Derecho francés (arts. 785 y 786 del Code), y a los autores : Aubry y Rau, Marcadé, Chabot y Vaireille 48.

Por su parte el art. 2301 del Cod. civ. y com. actual reitera el principio y dispone : El heredero renunciante es considerado como si nunca hubiera sido llamado a la herencia , sin perjuicio de la apertura del derecho de representación en los casos que por éste Código tiene lugar..". Como es dable observar , reitera el principio expuesto en el Código civil anterior, se confirma el carácter retroactivo y vuelve todo al momento de la muerte del causante.

Por otra parte resulta relevante que la renuncia nunca llega a perjudicar las facultades de los demás herederos que pueden ejercer el derecho de representación del renunciante. Como bien lo explica el profesor Ferrer : "...Al producirse la repudiación se extingue la vocación hereditaria del renunciante y da lugar a que sean llamados los sucesores con derecho a la parte del repudiante; si tiene descendientes son llamados por derecho de representación (art. 2429), y si no los tiene y hay coherederos , en parte acrecerá en pleno derecho a sus coherederos; y si no los hay se llama a los coherederos del grado subsiguiente, y si no existen procederá a declararse la vacancia..." 49.

47 Azpiri J. O. : Derecho sucesorio, en la colección "Incidencias del Cod. civ. y comercial", cit., p. 71. Ferrer F. A. M. : Coment. al art. 2287, en "Alterini J. H." (dir.), "Alterini I. E. (Coord.)", Cod. civ. y com., coment., cit., T. XI, p. 183. Flamma M. : Coment. al art. 2287, en "Rivera J. C. - Medina G." (directores), Cod. civ. y com., de la Nac., coment., cit., T. VI, p. 42.

48 Machado J. O.: Exposición y coment. del Cod. civ. Arg., cit., T. VIII, p. 476. Zannoni E. : Derecho de las sucesiones, cit., T. I, p. 259. Rébora J. C. : Derecho de sucesiones, cit., T. I, p. 233. Hidalgo Garcia J. : La adquisición de la herencia, en el libro "La sucesión hereditaria y el juicio sucesorio", cit., p. 82, que afirma : "...El que repudia se entiende que no ha sucedido nunca..". Jordano Fraga Francisco : La sucesión en el "ius delationis" , una contribución al estudio de la adquisición sucesoria "mortis causa", Ed. Civitas, Madrid 1990, p. 247 y ss.

49 Ferrer F. A. M. : Coment. al art. 2301, en "Alterini J. H." (dir.), Alterini I. E. (Coord.), Cod. civ. y com., coment., cit., T. XI, ps. 186 y 187. Campos R. : Coment. al art. 2301, en "Bueres A. J." (dir.), Cod. civ. y com. de la Nac., y normas complementarias, cit., T. V, p. 32. Azpiri J. O. : Derecho sucesorio, en la colección "Incidencias del Cod. civ. y com.", cit., p. 73 y ss. Castán J.: Derecho civil español, común y foral, cit., T. VI, v. I, p. 171. Espín D. : Manual de

A mas de las consecuencias señaladas , es dable hacer saber que el renunciante no está obligado a colacionar aquellos bienes que haya recibido por donación del causante, ya que su carácter de heredero ha desaparecido. Ello no impide el ejercicio de la acción de reducción que le corresponde a los herederos legitimarios cuando demuestran la afectación a su porción legítima⁵⁰.

Y para concluir, es importante hacer notar que el heredero repudiante no se halla obligado a asumir las deudas que trasmite el causante⁵¹.



derecho civil español, cit., T. V, p. 54, No. XI.

50 De Los Mozos José L. : La colación, Ed. R. D. P., Madrid 1965, p. 203, deja bien aclarado que : "... Son sujetos activos de la colación los que resultan de ella beneficiarios , es decir los coherederos legitimarios que aceptan la herencia.." García Perez Rosa: La acción de reducción de donaciones inoficiosas, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004, p. 30 y ss.

51 Campos R. : Coment. al art. 2301, en "Bueres A. J. " (dir.), Cod. civ. y com. de la Nación, y normas complementarias, coment., cit., T. V, p. 92. Rébora J. C. : Derecho de las sucesiones, cit., T. I, p. 133. Compagnucci de Caso R. H. : La renuncia, sus efectos en el derecho de crédito y en el derecho hereditario, cit., en L. L. diario del 11- X- 2024. Santos Briz J. : Derecho civil, teoría y practica, cit., T. VI (Derecho de sucesiones), p. 77 y ss. Ferrer F. A. M. : Coment. al art. 2301, en "Alterini J. H. " (dir.), Alterini I. E. (Coord.), Cod. civ. y com., coment., cit., T. XI, ps. 186 y 187.

ESTUDIOS DE DOCTRINA

Artículos sometidos a evaluación doble ciego.

Transferencias y Libertad Profesional en el Fútbol: Impacto de la Jurisprudencia Europea Reciente

Transfers and Professional Freedom in Football: Impact of Recent European Case Law

Esther Susana Borgarello¹ Fernando Nicolás Pizzicari²

RESUMEN:

El Caso Bosman representó un punto de inflexión en el derecho deportivo al otorgar a los jugadores una mayor libertad contractual, pero al mismo tiempo reforzó el dominio económico de los clubes más ricos, profundizando los desequilibrios competitivos. El Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RETJ) de la FIFA y los mecanismos de compensación asociados procuran mitigar estas desigualdades, reconociendo el aporte de los clubes formadores y fomentando la inversión en el fútbol base. No obstante, el Brexit ha introducido nuevos obstáculos a las transferencias internacionales, y la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-650/22) plantea interrogantes cruciales sobre la compatibilidad del marco regulatorio de la FIFA con los principios de la Unión Europea en materia de libre circulación de los trabajadores, derecho que abarca también a los futbolistas profesionales. Este litigio llevó a la FIFA a emitir su Circular del 17 de diciembre de 2024, estableciendo normas provisionales que entraron en vigor en enero de 2025, con el propósito de clarificar y armonizar los principales conceptos contractuales.

ABSTRACT

The Bosman Case represented a turning point in sports law by granting players greater contractual freedom while simultaneously reinforcing the economic dominance of the wealthiest clubs, thereby deepening competitive imbalances. The FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players (RSTP) and related compensation mechanisms aim to mitigate these inequalities by recognizing the contribution of training clubs and encouraging investment in grassroots football. Nevertheless, Brexit has introduced new obstacles to international transfers, and the recent judgment of the Court of Justice of the European Union (C-650/22) raises crucial questions concerning the compatibility of FIFA's regulatory framework with the European Union's principles on the free movement of workers—a right that also encompasses

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales - Posdoctorado- Lic. en Historia- Abogada-Notaria Profesora Titular de Historia del Derecho y Derecho de la Información UBP.

² Mgr. en Derecho de la Integración Regional – Abogado – Profesor Adjunto Derecho Constitucional / Derecho de la Información UBP

professional footballers. This litigation prompted FIFA to issue its Circular of December 17, 2024, establishing provisional rules that entered into force in January 2025, with the purpose of clarifying and harmonizing key contractual concepts.

PALABRAS CLAVE: Derecho deportivo- Transferencias de jugadores - Tribunal de Justicia de la Unión Europea –FIFA

KEYWORDS: Sports law - Player transfers - Court of Justice of the European Union - FIFA

I. Introducción.

El fútbol no es solo un deporte; es un fenómeno global que trasciende fronteras, culturas y generaciones. Pero detrás de cada uno de esos jugadores que son ídolos mundiales en los estadios, hay una historia de formación, dedicación y esfuerzo. Los Derechos Humanos buscan garantizar la justicia y la equidad en la sociedad, y es así que el fútbol como parte del DDHH al deporte, ha desarrollado mecanismos para proteger a quienes invierten en el futuro del deporte. En ese sentido esta ponencia se ocupa de uno de esos mecanismos: el derecho a la compensación por transferencia, el cual busca equilibrar las oportunidades y reconocer el valor de quienes contribuyen al crecimiento de este juego que despierta pasiones a nivel mundial.

II. El Caso Bosman: Instancias del Juicio, Resultados, Consecuencias y Ampliaciones Posteriores³

El caso Bosman es uno de los hitos más importantes en la historia del fútbol y del derecho comunitario europeo. Este caso no solo transformó las reglas de las transferencias de jugadores, sino que también sentó precedentes legales que afectaron la estructura del fútbol moderno. A continuación, se presenta un análisis detallado de las instancias del juicio, sus resultados, las consecuencias inmediatas y a largo plazo, así como casos posteriores que ampliaron su alcance, como el caso del ruso Ígor Simuténkov en 2005.

1. Antecedentes del Caso Bosman

Jean-Marc Bosman era un futbolista belga que jugaba en el Real Fútbol Club de Lieja en 1990. Cuando su contrato expiró, el club le ofreció una renovación con un salario un 75% menor. Bosman rechazó la oferta y buscó un nuevo equipo, llegando a un acuerdo con el USL Dunkerque de Francia. Sin embargo, el Lieja exigió una cláusula de indemnización de 11.743.000 francos belgas (aproximadamente 300.000 euros) para liberar su ficha, a pesar de que su contrato había expirado. Dunkerque se negó a pagar esta cantidad, y el Lieja bloqueó la transferencia, dejando a Bosman sin equipo.

Bosman demandó al RFC Lieja, la Federación Belga de Fútbol y la UEFA, argumentando que las normas de transferencia violaban sus derechos como trabajador dentro de la Unión Europea (UE), específicamente el Tratado de Roma de 1957, que garantiza la libre circulación de trabajadores.

2. Instancias del Juicio

El caso se prolongó durante cinco años, desde 1990 hasta 1995, y pasó por varias instancias judiciales:

³ ESPN: Jean-Marc Bosman: El hombre que cambió el fútbol para siempre
Wikipedia: Caso Bosman

Demanda inicial (1990): Bosman presentó una demanda en un tribunal belga, alegando que las normas de transferencia y los cupos de extranjeros violaban sus derechos laborales.

Tribunal de Justicia de la UE (1995): El caso llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en Luxemburgo. Bosman argumentó que las reglas de la UEFA y la Federación Belga impedían su libertad de movimiento y contratación, lo que contradecía el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que garantiza la libre circulación de trabajadores.

3. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (15 de diciembre de 1995)

El TJUE falló a favor de Bosman, estableciendo dos principios fundamentales:

Libertad de los jugadores al finalizar su contrato: Los clubes no pueden exigir indemnizaciones por transferencia una vez que el contrato de un jugador ha expirado.
Libre circulación de jugadores dentro de la UE: Se eliminaron los cupos de jugadores extranjeros para ciudadanos de la UE, permitiendo a los clubes fichar a cualquier jugador comunitario sin restricciones.

Además, el tribunal ordenó al RFC Lieja pagar una indemnización de 400.000 euros a Bosman por los daños sufridos.

4. Consecuencias Inmediatas

La sentencia, conocida como Ley Bosman, tuvo un impacto inmediato y profundo en el fútbol europeo:

Fin de las indemnizaciones por transferencia: Los jugadores con contrato vencido podían cambiar de club sin que su nuevo equipo tuviera que pagar una indemnización al anterior.

Eliminación de cupos de extranjeros: Los clubes pudieron fichar a cualquier número de jugadores comunitarios, lo que llevó a una mayor diversidad en las plantillas.

Aumento de jugadores extranjeros: Equipos como el Barcelona pasaron de tener 3 extranjeros en 1990-91 a más de 10 en 1996-97.

5. Consecuencias a Largo Plazo

La Ley Bosman transformó el fútbol moderno, pero también generó efectos negativos:

Desigualdad competitiva: Los clubes más ricos comenzaron a dominar el mercado de fichajes, comprando jugadores de todo el mundo. Esto aumentó la brecha entre los equipos europeos y los de otras regiones, como Sudamérica y África.

Impacto en las canteras: Los clubes pequeños perdieron incentivos para invertir en canteras, ya que los grandes equipos podían "saquear" a sus jóvenes talentos sin pagar indemnizaciones.

Cambios en competiciones internacionales: En la Champions League, los clubes de las "cuatro grandes ligas" (España, Inglaterra, Italia y Alemania) dominaron casi por

completo, con excepciones como el Porto en 2004.

Mundial de Clubes: Los equipos europeos ganaron 20 de las últimas 26 ediciones, consolidando su hegemonía.

Unos años después habrá una ampliación de la Ley Bosman: En 2005, el caso del ruso Ígor Simuténkov (caso que se verá en detalle en el punto infra correspondiente) amplió el alcance de la Ley Bosman a raíz que el TJUE falló a su favor, extendiendo los principios de la Ley Bosman a jugadores de países con acuerdos de asociación con la UE, como Rusia.

Este caso permitió que jugadores de países como Ucrania, Bielorrusia y otros estados asociados fueran considerados "comunitarios" a efectos de las normas de la UEFA, lo que aumentó aún más la globalización del fútbol europeo.

1. Impacto en el Fútbol Mundial

La Ley Bosman no solo afectó a Europa, sino que también tuvo repercusiones globales:

Jugadores sudamericanos y africanos: Muchos jugadores de estas regiones obtuvieron pasaportes europeos, lo que les permitió ser considerados "comunitarios" y facilitó su llegada a las grandes ligas.

Brecha económica: Los clubes europeos comenzaron a invertir fuertemente en mercados como Sudamérica y África, comprando jóvenes talentos como Vinicius Junior y Rodrygo antes de que consolidaran sus carreras en sus países de origen.

2. Medidas Posteriores de la UEFA

Para contrarrestar algunos efectos negativos de la Ley Bosman, la UEFA implementó varias medidas:

Reglas de jugadores formados localmente: Los clubes deben incluir un mínimo de jugadores formados en sus canteras o en el país de origen en sus plantillas para competiciones europeas.

Financial Fair Play (FFP): Introducido en 2011, el FFP busca controlar el gasto excesivo de los clubes en transferencias y salarios, aunque su efectividad ha sido cuestionada.

3. Conclusión

El caso Bosman marcó un punto de inflexión en el fútbol moderno, otorgando mayor libertad a los jugadores, pero también consolidando el poder económico de los clubes más ricos. Aunque Jean-Marc Bosman vio truncada su carrera, su legado perdura en la estructura actual del fútbol, donde los jugadores disfrutan de una libertad sin precedentes para elegir su destino. Casos posteriores, como el de Ígor Simuténkov, ampliaron el alcance de la Ley Bosman, contribuyendo a la globalización del deporte.

III. Caso Simutenkov (C-265/03): Antecedentes, Sentencia y Consecuencias⁴

El caso Simutenkov (C-265/03) es un precedente jurídico clave en el ámbito del derecho comunitario y el deporte profesional, particularmente en lo que respecta a la no

⁴ Fuente: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sentencia del 12 de abril de 2005, Asunto C-265/03, Igor Simutenkov contra Ministerio de Educación y Cultura y Real Federación Española de Fútbol. Disponible en: EUR-Lex.

discriminación por motivos de nacionalidad en las condiciones laborales de los jugadores de fútbol. Este caso amplió el alcance de la Ley Bosman al aplicar principios similares a jugadores de países con acuerdos de colaboración con la Unión Europea (UE), como Rusia. A continuación, se detallan los antecedentes, la sentencia y sus consecuencias, basándose en la fuente oficial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

1. Antecedentes del Caso

Contexto Legal

El caso se enmarca en el Acuerdo de Colaboración y Cooperación entre la UE y Rusia, firmado en Corfú el 24 de junio de 1994 y aprobado por la Decisión 97/800/CECA, CE, Euratom del Consejo y de la Comisión el 30 de octubre de 1997. Este acuerdo establece una colaboración entre las partes en áreas como el comercio, las inversiones y las condiciones laborales.

El artículo 23, apartado 1, del acuerdo establece:

"Salvo lo dispuesto en la legislación, las condiciones y los procedimientos aplicables en cada Estado miembro, la Comunidad y sus Estados miembros velarán por que el trato que se conceda a los nacionales rusos, legalmente empleados en el territorio de un Estado miembro, no implique ninguna discriminación por motivos de nacionalidad, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, la remuneración o el despido, en comparación con los nacionales de ese mismo Estado."

Hechos del Caso

Igor Simutenkov, un jugador de fútbol profesional ruso, estaba contratado por el Club Deportivo Tenerife en España. Tenía residencia legal y permiso de trabajo en el país.

En enero de 2001, Simutenkov solicitó a la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) que le otorgara una licencia federativa idéntica a la de los jugadores comunitarios, invocando el Acuerdo de Colaboración entre la UE y Rusia.

La RFEF denegó su solicitud basándose en su Reglamento General y en el Acuerdo de 28 de mayo de 1999 entre la RFEF, la Liga Nacional de Fútbol Profesional y la Asociación de Futbolistas Españoles. Este acuerdo limitaba el número de jugadores no comunitarios que podían alinearse en competiciones nacionales:

Primera División: 3 jugadores no comunitarios (temporadas 2000/2001 a 2004/2005).

Segunda División: 3 jugadores no comunitarios (temporadas 2000/2001 y 2001/2002) y 2 jugadores (temporadas siguientes).

Simutenkov impugnó esta decisión ante los tribunales españoles, argumentando que la normativa violaba el principio de no discriminación establecido en el artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de Colaboración.

2. Cuestión Prejudicial

La Audiencia Nacional española suspendió el procedimiento y planteó al TJUE la siguiente cuestión prejudicial:

"¿El artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de Colaboración entre la UE y Rusia se opone a que una federación deportiva aplique a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado regularmente por un club de fútbol español, una normativa que limita el número de jugadores procedentes de Estados terceros no pertenecientes al Espacio Económico Europeo (EEE)?"

3. Sentencia del TJUE (12 de abril de 2005)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) emitió su sentencia el 12 de abril de 2005, resolviendo los siguientes aspectos clave:

- Efecto Directo del Artículo 23, Apartado 1

El TJUE determinó que el artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de Colaboración tiene efecto directo en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Esto significa que los particulares pueden invocarlo ante los tribunales nacionales para reclamar sus derechos. El tribunal fundamentó esta conclusión en que:

-La disposición es clara, precisa e incondicional.

-Establece una prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad en las condiciones de trabajo, remuneración y despido.

-No requiere la adopción de medidas adicionales para su aplicación.

- Alcance del Principio de No Discriminación

El TJUE interpretó que el principio de no discriminación contenido en el artículo 23, apartado 1, tiene un alcance similar al del artículo 39 del Tratado CE (actualmente artículo 45 del TFUE), que garantiza la libre circulación de trabajadores dentro de la UE. En este sentido:

-Una normativa que limita el número de jugadores no comunitarios que pueden alinearse en competiciones nacionales afecta directamente las condiciones de trabajo de los jugadores profesionales.

-Esta limitación no puede justificarse por consideraciones deportivas, ya que no se aplica a encuentros entre selecciones nacionales, sino a competiciones entre clubes.

Aplicación al Caso Simutenkov

El TJUE concluyó que:

"El artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de Colaboración entre la UE y Rusia se opone a la aplicación a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, de una norma adoptada por una federación deportiva del mismo Estado en virtud de la cual los clubes sólo pueden alinear en las competiciones de ámbito estatal un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros que no formen parte del Acuerdo sobre el EEE."

Consecuencias de la Sentencia

La sentencia del TJUE en el caso Simutenkov tuvo importantes repercusiones en el fútbol y el derecho comunitario:

-Ampliación de la Ley Bosman: El caso Simutenkov extendió los principios de la Ley Bosman a jugadores de países con acuerdos de colaboración con la UE, como Rusia. Esto permitió que los jugadores rusos (y de otros países con acuerdos similares) fueran tratados en igualdad de condiciones que los jugadores comunitarios en cuanto a su participación en competiciones nacionales.

-Impacto en las Normativas Deportivas: Las federaciones deportivas de los Estados miembros tuvieron que modificar sus normativas para eliminar restricciones discriminatorias basadas en la nacionalidad. Se consolidó el principio de que las normas deportivas no pueden violar los derechos laborales de los jugadores profesionales, especialmente en lo que respecta a la no discriminación.

-Globalización del Fútbol: La sentencia facilitó la movilidad de jugadores de países no comunitarios con acuerdos de colaboración con la UE, contribuyendo a la globalización del fútbol y al aumento de la diversidad en las plantillas de los clubes europeos.

-Precedente Jurídico: El caso Simutenkov sentó un precedente para futuros litigios relacionados con la no discriminación en el ámbito deportivo, especialmente en lo que respecta a la aplicación de acuerdos internacionales en el derecho comunitario.

IV. Conclusión

El caso Simutenkov es un hito en la jurisprudencia del TJUE, ya que amplió los principios de la Ley Bosman a jugadores de países con acuerdos de colaboración con la UE. La sentencia reafirmó el principio de no discriminación por motivos de nacionalidad en las condiciones laborales de los deportistas profesionales y tuvo un impacto significativo en la normativa deportiva y la globalización del fútbol. Este caso subraya la importancia de los acuerdos internacionales en la protección de los derechos laborales y la libre circulación de trabajadores en la UE.

-El Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RETJ)

El Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RETJ) es un conjunto de normas establecidas por la FIFA para regular aspectos clave relacionados con el fútbol profesional, incluyendo el estatus de los jugadores, las transferencias internacionales y los mecanismos de compensación para los clubes que forman a jóvenes talentos. Este reglamento, vigente desde 2001, busca garantizar la transparencia, la equidad y el desarrollo sostenible del fútbol a nivel mundial y es un pilar en la formación y el desarrollo de futuros talentos.

La compensación por transferencia de jugadores, es un tema fundamental en el mundo del fútbol por cuanto es un mecanismo clave para garantizar la justicia y el desarrollo del deporte regulado por el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RETJ),

El RETJ establece dos mecanismos principales para compensar a los clubes que invierten en la formación de jóvenes jugadores reconociendo el esfuerzo y la inversión de dichos clubes. Esta compensación se divide en dos mecanismos principales:

-Indemnización por Formación (artículo 20 y anexo 4 del RETJ):

Cuando un jugador firma su primer contrato profesional o es transferido a otro club, los clubes que participaron en su formación durante los años previos

(generalmente entre los 12 y 21 años) tienen derecho a recibir una compensación económica. Esta indemnización reconoce el tiempo, los recursos y el esfuerzo invertidos en el desarrollo del jugador.

-Contribución de Solidaridad (artículo 21 y anexo 5 del RETJ):

Además de la indemnización por formación, los clubes formadores también reciben un porcentaje (generalmente el 5%) de los pagos por traspasos futuros del jugador. Esto asegura que, incluso años después de que el jugador haya dejado el club, quienes lo formaron sigan siendo recompensados por su contribución al desarrollo del futbolista.

-La compensación por transferencia de jugadores

Recalcando lo expresado supra tenemos dos aspectos:

-La Indemnización por Formación (artículo 20 y anexo 4 del RETJ):

Cuando un jugador formado en un club da el salto al fútbol profesional, el club que lo formó tiene derecho a una compensación económica. Esto reconoce el esfuerzo, los recursos y el tiempo invertidos en la educación y el desarrollo del jugador. Es una forma de justicia para los clubes que apuestan por las canteras y contribuyen al crecimiento del fútbol de base.

-La Contribución de Solidaridad (artículo 21 y anexo 5 del RETJ):

Además de la indemnización por formación, los clubes formadores también reciben un porcentaje de los pagos por traspasos futuros del jugador. Esto asegura que, incluso años después de que el jugador haya dejado el club, quienes lo formaron sigan siendo recompensados por su contribución al desarrollo del futbolista.

Pero el sistema no se detiene ahí. En 2023 (octubre), en Auckland/Tāmaki Makaurau (Aotearoa Nueva Zelanda), el Consejo de la FIFA aprobó el Reglamento de la Cámara de Compensación de la FIFA, un avance tecnológico y administrativo que moderniza el proceso de cálculo y reparto de compensaciones. Este reglamento establece tres etapas clave:

-Identificación del derecho a compensaciones por formación:

Por el cual se determina qué clubes tienen derecho a recibir compensaciones, basándose en la trayectoria formativa del jugador.

-Creación de un Pasaporte Deportivo Electrónico (EPP):

Documento digital por el cual se recopila toda la información relevante sobre el jugador, incluyendo su historial formativo y los clubes que participaron en su desarrollo.

-Tramitación de los pagos a través de la Cámara de Compensación de la FIFA:

Por este aspecto se establece que la Cámara de Compensación debe actuar como un intermediario neutral, asegurando que los pagos se distribuyan de manera automática, transparente y eficiente entre los clubes involucrados.

Es así que esta normativa busca una mayor transparencia, asegurando y garantizando un sistema que no solo los clubes formadores sean recompensados, sino que también fomente la inversión en las categorías inferiores, promoviendo el desarrollo del fútbol, de esta forma la FIFA busca equilibrar los intereses de los clubes, los jugadores y el deporte en general.

-La importancia del RETJ y la compensación por transferencia

El RETJ y la compensación por transferencia son herramientas esenciales para mantener el equilibrio y la equidad en el fútbol, reconociendo el valor de quienes trabajan detrás de escena para formar a las estrellas del mañana.

Entre aquellos aspectos fundamentales que hacen al respeto a la formación del jugador y sus clubes son los siguientes:

- Reconocer el esfuerzo de los clubes formadores que invierten en canteras y formación al ser recompensados económicamente y fomentar la inversión en el fútbol base.

- Garantizar que los clubes más pequeños, que a menudo forman a grandes individualidades, reciban una parte justa de los beneficios generados por las transferencias.

- Asegurar, al proteger a los clubes formadores, que el fútbol siga creciendo de manera sostenible en todas las regiones del mundo.

Conclusión

El derecho a la compensación por transferencia no solo protege a los clubes formadores, sino que también fomenta la inversión en las nuevas generaciones de jugadores.

En el fútbol, el reconocimiento al esfuerzo es pilar fundamental para su crecimiento como deporte inclusivo. Como derecho humano al deporte se busca garantizar la dignidad y la igualdad, este mecanismo asegura que el esfuerzo y la dedicación de quienes forman a los grandes ídolos del mañana sean valorados y recompensados. Así, el fútbol no solo se juega en la cancha, sino también en la búsqueda constante de un equilibrio justo y sostenible para todos los involucrados en dicho deporte.

La compensación por transferencia de jugadores es un mecanismo esencial para mantener la equidad y la sostenibilidad en el fútbol. Gracias al RETJ y a la Cámara de Compensación de la FIFA, los clubes formadores de los que llegaron a ser grandes futbolistas diseminados en prestigiosos clubes del mundo pueden seguir funcionando dignamente y hacer crecer este deporte, sabiendo que su esfuerzo será reconocido y recompensado.

-El Brexit y su Impacto en las Transferencias de Futbolistas⁵

El Brexit, la salida del Reino Unido de la Unión Europea (UE), ha tenido un impacto significativo en el fútbol, especialmente en las transferencias internacionales de jugadores. A partir del 1 de enero de 2021, el Reino Unido dejó de formar parte del

5 Fuente: Senn Ferrero Abogados, "El Brexit y las transferencias internacionales de futbolistas extranjeros". Disponible en: Senn Ferrero. <https://www.sennferrero.com/2021/01/19/el-brexit-y-las-transferencias-internacionales-de-futbolistas-extranjeros/>

mercado único europeo, lo que ha llevado a cambios importantes en la normativa que regula la contratación de jugadores extranjeros. Este informe detalla las implicaciones del Brexit en el fútbol, centrándose en el sistema de puntos para la obtención de permisos de trabajo y cómo afecta a las transferencias de jugadores.

1. Contexto del Brexit en el Fútbol

El Acuerdo de Comercio y Cooperación entre el Reino Unido y la UE, que entró en vigor el 1 de enero de 2021, establece las nuevas reglas para la relación entre ambas partes. En el ámbito del fútbol, esto ha significado que los jugadores de la UE ya no tienen libertad de movimiento para jugar en el Reino Unido sin restricciones. Ahora, los clubes británicos deben cumplir con un sistema de puntos para fichar a jugadores extranjeros, conocido como Governing Body Endorsement (GBE).

2. Nuevas Reglas para las Transferencias de Jugadores

2.1. Sistema de Puntos (GBE Rules)

El sistema de puntos, implementado por la Football Association (FA), la Premier League y la English Football League (EFL), evalúa a los jugadores extranjeros en función de varios criterios para determinar si cumplen con los requisitos para obtener un Permiso GBE. Este permiso es necesario para que los jugadores no británicos puedan jugar en el Reino Unido.

Los criterios principales para obtener puntos son:

-Participación Internacional: Los jugadores que hayan participado en un porcentaje significativo de partidos con su selección nacional obtienen puntos en función de la clasificación FIFA de su país. Por ejemplo, un jugador que haya jugado el 30% de los partidos con una selección de Band 1 (países con alta clasificación FIFA) obtendrá 15 puntos, lo que le permitirá obtener el permiso automáticamente.

-Minutos Jugados en Competiciones Domésticas: Se evalúa el porcentaje de minutos que el jugador ha disputado en su liga local. Las ligas están clasificadas en Bandas (Band 1 a Band 6), donde las ligas más fuertes (como la Premier League, La Liga, Bundesliga, etc.) otorgan más puntos.

-Participación en Competiciones Continentales: Los jugadores que hayan participado en competiciones como la UEFA Champions League o la Copa Libertadores obtienen puntos adicionales.

-Clasificación del Club de Origen: Si el club del jugador terminó en una posición alta en su liga doméstica o avanzó en competiciones continentales, el jugador obtiene puntos adicionales.

-Calidad de la Liga del Club de Origen: Las ligas están clasificadas en función de su calidad, y los jugadores que provienen de ligas más fuertes obtienen más puntos.

2.2. Requisitos para Jugadores Sub-21

Para los jugadores menores de 21 años, se aplica un sistema de puntos similar, pero con criterios adaptados a su experiencia en categorías inferiores, como la UEFA Youth

League o competiciones juveniles continentales. Además, se limita el número de fichajes de jugadores menores de 21 años a tres (3) en la ventana de fichajes invernal y a seis (6) por temporada.

2.3. Comité de Excepciones

Si un jugador no alcanza los 15 puntos necesarios para obtener el permiso automáticamente, pero obtiene entre 10 y 14 puntos, el club puede apelar a un Comité de Excepciones. Este comité evalúa circunstancias especiales, como lesiones o falta de oportunidades, para decidir si se concede el permiso.

3. Impacto en las Transferencias Internacionales

3.1. Restricciones para los Clubes Británicos

Los clubes del Reino Unido ya no pueden fichar libremente a jugadores de la UE. Ahora deben asegurarse de que los jugadores cumplan con los requisitos del sistema de puntos.

Esto ha dificultado la contratación de jóvenes talentos de la UE, ya que muchos no cumplen con los criterios de participación internacional o minutos jugados en ligas de alto nivel.

3.2. Cambios en las Estrategias de los Clubes

Los clubes británicos han tenido que ajustar sus estrategias de fichajes, priorizando jugadores con experiencia internacional o que provienen de ligas fuertes.

También se ha incrementado el interés en jugadores de países con acuerdos especiales con la UE, como los países del Acuerdo de Cotonú (78 países de África, el Caribe y el Pacífico), cuyos jugadores son tratados como "comunitarios" en algunos casos.

3.3. Impacto en los Jugadores Británicos en Europa

Los jugadores británicos que juegan en ligas europeas ahora son considerados extracomunitarios en países como España. Esto afecta su capacidad para ser inscritos en los equipos, ya que la mayoría de las ligas europeas tienen límites en el número de jugadores extracomunitarios.

4. Consecuencias a largo plazo

4.1. Reducción de la Inversión en Jóvenes Talentos

El sistema de puntos ha dificultado la contratación de jóvenes talentos de la UE, lo que podría llevar a una disminución en la inversión en canteras y academias por parte de los clubes británicos.

4.2. Mayor Desigualdad Competitiva

Los clubes más ricos de la Premier League pueden permitirse fichar a jugadores de alto nivel que cumplen con los requisitos del sistema de puntos, mientras que los clubes más pequeños pueden verse limitados en sus opciones de fichajes.

4.3. Globalización del Fútbol

Aunque el Brexit ha creado barreras para los jugadores de la UE, también ha abierto

oportunidades para jugadores de otras regiones, como América del Sur y África, que pueden cumplir con los criterios del sistema de puntos.

5. Conclusiones

El Brexit ha transformado el mercado de transferencias de fútbol en el Reino Unido, introduciendo un sistema de puntos que prioriza la experiencia y el rendimiento de los jugadores. Si bien esto ha creado desafíos para los clubes británicos, también ha abierto nuevas oportunidades para jugadores de otras regiones. A largo plazo, el impacto del Brexit en el fútbol dependerá de cómo los clubes se adapten a estas nuevas reglas y de si se realizan ajustes en el sistema de puntos para equilibrar la competitividad y la inclusión de jóvenes talentos.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -TJUE. (Sentencia C-650/22)⁶

El caso C-650/22 resuelto el 4 de octubre de 2024 surge de una disputa entre el futbolista profesional BZ y la FIFA y la URBSFA (Federación Belga de Fútbol). BZ reclama indemnización por no haber podido fichar por un club belga debido a las normas de la FIFA sobre transferencias y rescisión de contratos.

El TJUE debe interpretar si las normas de la FIFA, en particular el artículo 17 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RETJ), violan los artículos 45 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que regulan la libre circulación de trabajadores y la competencia en el mercado interior. Los Marcos Normativo Aplicables son:

Estatutos de la FIFA: La FIFA es una asociación privada que regula el fútbol mundial. Sus normas afectan a federaciones nacionales, clubes y jugadores.

Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RETJ): Establece reglas sobre contratos, transferencias y sanciones, incluyendo indemnizaciones por rescisión de contratos y la emisión del Certificado Internacional de Transferencia (CTI).

Las cuestiones planteadas a dirimir son:

Artículo 45 TFUE (Libre Circulación de Trabajadores): ¿Las normas de la FIFA restringen la movilidad laboral de los jugadores dentro de la UE?

Artículo 101 TFUE (Competencia): ¿Las normas de la FIFA limitan la competencia en el mercado de fichajes y afectan a los clubes y jugadores?

El TJUE observa lo siguiente:

-Obstáculos a la Libre Circulación:

Las normas de la FIFA imponen responsabilidad solidaria al nuevo club y al jugador por indemnizaciones, lo que puede disuadir a los clubes de contratar jugadores. Las sanciones deportivas (prohibición de inscribir jugadores) y el bloqueo del CTI restringen la movilidad de los jugadores y su participación en competiciones.

⁶ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202500876

-Impacto en la Competencia:

Las normas de la FIFA pueden considerarse una decisión de una asociación de empresas que restringe la competencia en el mercado de fichajes.

Estas normas solo pueden justificarse si cumplen con los requisitos del artículo 101.3 TFUE, es decir, si son necesarias y proporcionadas para alcanzar objetivos legítimos, como la estabilidad de las competiciones.

Justificación de las Normas por parte de la FIFA:

La FIFA argumenta que sus normas buscan garantizar la estabilidad contractual, la integridad de las competiciones y la protección de los jugadores. Sin embargo, el TJUE señala que algunas normas, como el cálculo de indemnizaciones y las sanciones deportivas, pueden ser desproporcionadas y no están claramente vinculadas a la protección de los jugadores.

El TJUE establece lo siguiente en referencia a:

Artículo 45 TFUE: Las normas de la FIFA que imponen indemnizaciones, sanciones deportivas y bloqueos del CTI pueden constituir un obstáculo a la libre circulación de trabajadores, a menos que se demuestre que son necesarias para garantizar la estabilidad de las competiciones.

Artículo 101 TFUE: Las normas de la FIFA pueden considerarse una restricción a la competencia, salvo que se justifiquen bajo el artículo 101.3 TFUE.

Costas: Los gastos del litigio principal deben ser resueltos por el tribunal nacional, mientras que los gastos de las partes que presentaron observaciones ante el TJUE no son reembolsables.

Es así que, el TJUE declara que las normas de la FIFA sobre indemnizaciones, sanciones deportivas y bloqueos del CTI pueden ser contrarias a los principios de la UE sobre libre circulación y competencia, a menos que se demuestre que son necesarias y proporcionadas para garantizar la estabilidad y regularidad de las competiciones de fútbol. Este caso podría redefinir el mercado de fichajes y la movilidad de los jugadores en el fútbol profesional europeo.

Esta sentencia llevaría a lo siguiente conforme los actores implicados en la misma:

Para el Fútbol Profesional: La sentencia obliga a la FIFA a revisar sus normas sobre transferencias y contratos para alinearlas con los principios de la UE.

Para los Jugadores: Los futbolistas tendrían mayor libertad para cambiar de club sin enfrentar sanciones desproporcionadas.

Para los Clubes: Los clubes pueden verse menos restringidos en el mercado de fichajes, lo que podría aumentar la competencia entre equipos.

-Adecuación de la FIFA a la sentencia Circular n.º 1917⁷

En Zúrich, 23 de diciembre de 2024 se dicta una circular por parte de la FIFA sobre la necesidad de enmiendas al Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores y al Reglamento de Procedimiento del Tribunal del Fútbol a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso C-650/22 relativo al futbolista Lassana Diarra, La FIFA inició un diálogo de alcance mundial sobre posibles cambios y se observa que como es necesario un marco legal global aplicable a largo plazo es que provisionalmente se realizan enmiendas para dar estabilidad contractual a la ejecución de los traspasos internacionales de jugadores y claridad, pues en enero de 2025 federaciones miembro abren sus periodos de inscripción (Ventanas de transferencia), y es deber de la FIFA garantizar que se siga aplicando un conjunto de reglas uniforme a escala mundial y que todos los clubes del mundo estén sujetos a normativas coherentes en relación con la composición de las plantillas, la estabilidad de los contratos y los traspasos internacionales de jugadores.

Descripción del marco reglamentario provisional

El marco reglamentario provisional afecta a las siguientes disposiciones del RETJ: artículos 14 y 17, anexo 3 (en relación con el procedimiento del certificado de transferencia internacional [«ITC»]), e indirectamente, anexo 2 (en relación con los entrenadores), así como al artículo 13 del reglamento de procedimiento. Son sus aspectos esenciales los siguientes:

- Introducción de la definición de “causa justificada” (artículo 14 apartado 1 del RETJ): La introducción de la definición de “causa justificada” (el requisito para rescindir un contrato) ofrece mayor claridad y previsibilidad, y codifica la jurisprudencia que desde hace tiempo mantiene el Tribunal del Fútbol a la hora de determinar la existencia de causa justificada en un caso concreto.

-Cálculo de la indemnización correspondiente en caso de que un jugador o entrenador incumpla un contrato (artículo 17 apartado 1 del RETJ y artículo. 6 apartado 2 del anexo del RETJ). La indemnización se calcula de un modo más objetivo y transparente en función del daño causado, el principio de “interés positivo”, los hechos y circunstancias de cada caso y la legislación del país donde se haya producido.

- La carga de la prueba relativa a la responsabilidad conjunta y solidaria de pagar una indemnización por incumplimiento de contrato (artículo 17 apartado 2 del RETJ). La responsabilidad conjunta y solidaria del nuevo club de un jugador y la consiguiente obligación de pagar una indemnización por incumplimiento de contrato sólo se aplicarán si puede demostrarse que dicho club indujo al jugador a incumplir su contrato. En cambio, en la versión anterior del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, la responsabilidad se aplicaba automáticamente.

-Carga de la prueba en relación con la incitación a incumplir un contrato (y la correspondiente sanción deportiva contra el nuevo club) (artículo 17 apartado. 4 del RETJ). Únicamente se impondría una sanción deportiva contra el nuevo club de un jugador por incitación a incumplir el contrato si el club demandante pudiera demostrar que el nuevo club indujo al jugador a incumplir el contrato. Por el contrario, en la

⁷ Fuente www.fifa.com.

versión anterior del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, existía la presunción de que el nuevo club había inducido al jugador a cometer un incumplimiento de contrato.

-Carga de la prueba y deber de colaborar (artículo 13 apartado 6 del reglamento de procedimiento). Se añade una aclaración expresa que establece que las partes tienen la obligación de colaborar en la determinación de los hechos y de cumplir con las peticiones de pruebas, que también pueden ser formuladas por una parte en el procedimiento correspondiente. El Tribunal del Fútbol también estará legitimado para extraer una conclusión desfavorable de la reacción de una parte a una petición de prueba.

- Procedimiento relativo a la expedición de un CTI (varios apartados del artículo 11 del anexo 3 del RET). Se aplica un procedimiento simplificado del CTI para impedir que las federaciones miembro denieguen la expedición de un CTI. Independientemente de cualquier conflicto contractual, y teniendo debidamente en cuenta el principio de integridad deportiva y los períodos de inscripción aplicables, un jugador siempre podrá trasladarse a una nueva federación y continuar su carrera en un nuevo club.

El procedimiento del CTI funciona de la siguiente manera:

- En caso de que la nueva federación de un jugador solicitara la entrega de un CTI («solicitud de CTI»), la federación anterior deberá entregar el CTI a la nueva en un plazo de 72 horas.
- Si la federación anterior no respondiera a la solicitud de CTI en un plazo de 72 horas, la nueva federación podrá inscribir al jugador en el nuevo club e introducir en el TMS la información de la inscripción del jugador en cuestión.
- En circunstancias excepcionales, el jugador, la anterior federación o la nueva federación podrán solicitar la intervención de la FIFA. Sin embargo, esto se reservará para situaciones muy concretas y nunca permitirá bloquear la emisión del CTI de un jugador debido, por ejemplo, a un litigio contractual en curso.
- En todos los casos, la emisión de un CTI se entenderá sin perjuicio de cualquier disputa contractual entre el jugador, su antiguo club o su nuevo club.

Entrada en vigor del marco reglamentario provisional

El marco reglamentario provisional que incluye las enmiendas mencionadas entro en vigor el 1 de enero de 2025, tal como se muestra en el artículo 29 del RETJ y en el artículo 34 del reglamento de procedimiento. Se aplica a los casos que estén pendientes ante el Tribunal del Fútbol y a los nuevos casos presentados ante dicho tribunal a partir del 1 de enero de 2025.

Conclusión:

El fútbol, como fenómeno global, no solo despierta pasiones, sino que también enfrenta desafíos legales y éticos en torno a la equidad y la justicia. El Caso Bosman marcó un hito al otorgar mayor libertad a los jugadores, pero también consolidó el poder económico de los clubes más ricos, generando desigualdades competitivas. El RETJ y los mecanismos de compensación por transferencia buscan equilibrar estos desequilibrios, reconociendo el esfuerzo de los clubes formadores y fomentando la inversión en el fútbol base. Sin embargo, el Brexit ha introducido nuevas barreras para las transferencias, mientras que la Sentencia del TJUE (C-650/22) plantea preguntas cruciales sobre la compatibilidad de las normas de la FIFA con los principios de la UE. Y es por ello que la FIFA emite su circular

17 de diciembre 2024, para regular provisionalmente estas cuestiones, a los fines de clarificar y adecuar conceptos contractuales.

A modo de epílogo, el fútbol debe seguir evolucionando para garantizar que los derechos de todos los actores involucrados -jugadores, clubes y federaciones- sean respetados, promoviendo un deporte más justo, inclusivo y sostenible.

El fútbol no solo se juega en la cancha, sino también en el ámbito legal y social. La compensación por transferencia y las normativas que la regulan son herramientas esenciales para mantener el equilibrio en este deporte, asegurando que el esfuerzo de quienes forman a las futuras estrellas sea reconocido y recompensado. En un mundo cada vez más globalizado, el fútbol debe seguir adaptándose para garantizar que los valores de equidad, justicia y respeto a los derechos humanos sigan siendo pilares fundamentales de su desarrollo.



El control de las cláusulas abusivas y gravosas en los contratos por adhesión a condiciones generales a partir del caso whatsapp

The Control of Abusive and Unfair Clauses in Adhesion Contracts to General Conditions Based on the WhatsApp Case

Juan Martín Chialva¹

RESUMEN:

Este artículo aborda el control de las cláusulas abusivas y gravosas en los contratos de consumo por adhesión a condiciones generales, tomando como eje el caso WhatsApp en Argentina por el cual se impuso una multa a Facebook. Estos contratos reducen al consumidor a apretar un botón de aceptación luego de interminables textos de términos y condiciones que ni siquiera son leídos (modalidad *clickwrap*). Ello facilita la inclusión de cláusulas que favorecen desproporcionadamente a la empresa, incumpliendo el deber de información. Apoyados en trabajos de autores de renombre se intenta contribuir a un tratamiento más eficaz a esta realidad tan compartida por casi toda la sociedad en tiempos digitales, con estrategias de concientización puntuales del consumidor. Tales abordajes incluso podrían repercutir en cambios de conducta por parte de las corporaciones y aumentar la transparencia contractual.

ABSTRACT

This article addresses the control of abusive and unfair clauses in consumer contracts of adhesion to general conditions, focusing on the WhatsApp case in Argentina, in which Facebook was fined. These contracts reduce the consumer to merely pressing a button after scrolling through endless terms and conditions that are rarely read (*clickwrap* modality). This facilitates the inclusion of clauses that disproportionately benefit the company, violating the duty to inform. Drawing on the work of renowned authors, the study seeks to contribute to a more effective approach to this widespread reality in digital times, through targeted consumer awareness strategies. Such approaches could even lead to changes in corporate behavior and enhance contractual transparency.

¹ Abogado (UBP). Especialista en Docencia Universitaria (UTN). Maestrando en la Maestría de Derecho Empresario (UBP). Doctorando en el Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales (UBP). Docente de la carrera de Abogacía y de Martillero y Corredor Público de la UBP. Correo: jchialva@ubp.edu.ar ORCID 0009-0009-5648-890X

PALABRAS CLAVE: : Contratos de consumo por adhesión - servicios de aplicaciones - cláusulas gravosas

KEYWORDS: Adhesive consumer contracts - app services - burdensome clauses

I. Introducción

Los contratos por adhesión a cláusulas generales en materia de consumo conforman la gran mayoría de los que se realizan a cada momento en la vertiginosa vida cotidiana de la sociedad en la satisfacción de sus necesidades. Este tipo de contratación consta de cláusulas predisuestas por una de las partes que terminan sometiendo al adherente a aceptar o rechazarlas sin margen a discusión o renegociación alguna (conf. Art. 984 CCyC y cc.). Los términos y condiciones de uso de apps en teléfonos inteligentes se aceptan desde la misma interfaz con modalidad *clickwrap*, que simplifica la manifestación de voluntad del adherente al requerir únicamente la presión sobre el botón 'Acepto' para validar la adhesión. Este artículo se propone a partir de un caso administrativo donde a instancia de la denuncia de una usuaria de la *app* Whatsapp se impuso una sanción a la empresa Facebook confirmada luego por la justicia, y así plantear una nueva mirada más consciente de la envergadura de la problemática de este tipo de contrataciones que penetra en la gran mayoría de la sociedad hiperconectada con la presencia de estas aplicaciones en la vida de casi todos, esbozando alternativas sobre la obra de autores que propician un cambio de paradigma frente a la información general y formal que proveen los prestadores de estos servicios, hacia una segmentación de esa misma información en un modo más atractivo para los adherentes impulsando una ponderación más reflexiva del alcance de su conducta aceptante.

II. Clicks, cláusulas y desinformación: el nuevo rostro del consentimiento digital

El frenetismo de las relaciones contractuales en la vida moderna desarrolló un comportamiento muy peculiar por parte de los consumidores de los productos y servicios ofrecidos por proveedores y prestadores en esta modalidad adhesiva: la no lectura de los términos y condiciones del contrato. Tal omisión permite direccionar el *disclosure*² que los predisponentes vierten en "cumplimiento del deber de información" que la normativa exige. Solapar cláusulas gravosas o abusivas en extensos textos de los términos y condiciones del contrato incumplen con el deber de información aludido, más que informar provocan el efecto contrario: desinforman y favorecen desproporcionadamente a la empresa ahogando al derecho del consumidor a un trato digno y equitativo exigido por la normativa aplicable ante tanta parafernalia simbólica (arts. 8 bis, 37, 38 de la Ley 24240 y cc. del CCyC). La conducta del usuario al adherir a tales servicios digitales resulta cuanto menos llamativa por no decir llanamente *desaprensiva* ya que en casi la totalidad de los casos conforme lo arroja el estudio realizado por Marotta Wurgler, no lee los términos y condiciones del contrato electrónico.³ Al respecto la doctrina contractual entiende que el no *reading problem* puede ceder ante el *duty to read* del adherente ya que en definitiva es el interesado al que se le expuso cada término y condición y por su sola decisión la lectura no se realiza. Es entendible que en microsistemas tuitivos como el consumeril aún en estos casos de "inconducta" al no leer lo que se le está exhibiendo

2 El llamado *disclosure* es la información de las propuestas que todo proveedor o prestador en derecho del consumo debe brindar al consumidor.

3 MAROTTA-WURGLER, Florencia (2011) "Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALI's Principles of the Law of Software Contracts", *University of Chicago Law Review*. Chicago: Núm. 78 (pp. 165-186)

máxime con propósitos unívocamente vinculantes, los abusos constituyen un motivo de reinterpretación del contrato en favor del usuario en toda la casuística, deviniendo aquéllos en ineficaces por vía normativa.⁴ El interrogante queda pendiente en cuanto a aquellas condiciones riesgosas que seas susceptibles de generar consecuencias gravosas al adherente no lector.

Las aplicaciones o plataformas de servicios digitales son una realidad generalizada de toda la sociedad ya sean de *streaming*, alojamiento en la nube, redes sociales o de mensajería tales como Whatsapp y otras tantas. Estas apps exigen del usuario su conformidad con los términos y condiciones propuestos por la empresa en largos textos que son *scrolleados* hasta llegar al botón de aceptación cuyo click se exige para acceder a los servicios propuestos. A esta modalidad de consentir sin negociar la propuesta se la conoce como *click wrap contracts*.

La implementación de mecanismos de control tanto ex ante como ex post en los contratos por adhesión permite corregir prácticas abusivas y avanzar hacia una contratación más justa, equitativa, simétrica y respetuosa de la dignidad del consumidor. Esta afirmación se sustenta en el análisis del caso abordado en esta publicación, en el cual la empresa WhatsApp fue sancionada por incumplimientos vinculados al deber de información (disclosure), siendo dicha sanción posteriormente confirmada por la instancia judicial. No obstante, cabe preguntarse si estas medidas correctivas resultan suficientes frente a una problemática estructural que afecta cotidianamente a millones de usuarios en entornos digitales.

III. El caso analizado

A través de la Disposición 12/22 la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo había declarado abusivas diversas cláusulas de los Términos de Servicio y Política de Privacidad de WhatsApp. Esta infracción se encuadró en los artículos 4 y 37, incisos a) y b) de la Ley N° 24.240, y en el artículo 1, incisos a), b), c), e) y g) del Anexo de la Resolución 53/2003. Como consecuencia, se emplazó a Facebook Argentina S.R.L. a acreditar la supresión de estas estipulaciones en un plazo de 5 días, y se le impuso una multa de \$5.000.000. También se le ordenó publicar la parte dispositiva del acto a su costa. Algunos ejemplos de las cláusulas señaladas abusivas por la repartición son, por ejemplo y a título enunciativo y no exhaustivo: prórroga de jurisdicción internacional a California USA; provisión de los números de teléfono de los contactos del dispositivo donde se instale la app; la ausencia de garantías al prestar el servicio "tal y como es" sin consecuencia alguna para la empresa tanto por pérdida de datos o daños indirectos aún causados por la conducta de la empresa; la obligación de abstenerse de iniciar acciones colectivas o demandas grupales contra la empresa prestadora; atribución de interpretación unilateral de las cláusulas a favor de Whatsapp; posible cobro por los servicios sin especificar montos o casos; incumplimiento de dotar de precisión, integridad y utilidad de la información proporcionada en un texto que denotaba ser una mera traducción del inglés prevaleciendo el idioma original; dispensa de responsabilidades para la empresa; y la exigencia impuesta al usuario de "estar atento" a las modificaciones unilaterales en lugar de comunicarlas directamente y la lista

4 AYRES, Ian y SCHWARTZ, Alan (2014). "The no-reading problem in consumer contract law". *Stanford Law Review*, 66(3), 545–611.
https://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2014/03/66_Stan_L_Rev_545_AyresSchwartz.pdf (p. 548)

continúa con más cláusulas todas y cada una de ellas violatorias a lo estipulado en la Resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor. En definitiva, la administración concluyó que estos términos y condiciones no colmaban el deber del proveedor prestador conforme lo estipulan los arts. 1094 y 1100 del CCyC, lo que constituye una violación expresa del artículo 37 de la Ley N° 24.240, en concordancia con los incisos a), b), c), e) y g) del Anexo de la Resolución N° 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor.

Naturalmente y como es de esperar en estos casos, Facebook Argentina S.R.L. interpuso un recurso directo argumentando que la administración la responsabilizó ilegítimamente por infracciones en cláusulas de las Condiciones de Servicio y de la Política de Privacidad de WhatsApp, a pesar de que el servicio no era proporcionado ni operado por su parte al ser una empresa con personería jurídica y objeto social limitado. Solicitó la nulidad del acto administrativo por graves defectos en su causa, objeto y motivación, y sostuvo que las cláusulas no eran abusivas y la multa era desproporcionada. Además, manifestó que la actuación de la administración resultaba arbitraria y lesionaba sus derechos constitucionales de defensa en juicio, propiedad, ejercicio de industria y comercio, igualdad, legalidad y reserva de ley.

En cuanto al argumento de que Facebook Argentina S.R.L. no brindaba el servicio de WhatsApp, el tribunal se remitió a un precedente de la Cámara Civil y Comercial Federal. En ese caso, ya se había señalado que, si bien WhatsApp LLC era la compañía que prestaba el servicio, la última actualización de la Política de Privacidad de WhatsApp preveía la cesión y transferencia de información personal del usuario a cualquiera de sus afiliadas con fines comerciales, informando que WhatsApp era una empresa integrada a Facebook. Además, de la constancia de inscripción de Facebook Argentina S.R.L. ante la Inspección General de Justicia, surge que tiene como socias a Facebook Argentina Global Holdings I LLC y Facebook Global Holdings II LLC. A su vez, Facebook Global Holdings II LLC tiene como única socia a Facebook Inc., quien incluye a WhatsApp Inc. como una de sus empresas subsidiarias. El "Centro de Ayuda" del sitio web de WhatsApp también indica que Facebook es propietario y administra WhatsApp Inc., WhatsApp LLC y WhatsApp LTD. Finalmente, el 27 de febrero de 2025, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, ratificó una sanción de multa impuesta a Facebook Argentina S.R.L. por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo. La decisión judicial confirmó que varias cláusulas de los "Términos de Servicio y Política de Privacidad" de WhatsApp eran en efecto, abusivas.

IV. Los contratos de adhesión y el consumidor en el derecho argentino

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), a partir de su Artículo 984, ha recepcionado y regulado los contratos de adhesión. Estos se definen como aquellos en los que uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, ya sea por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente participe en su redacción. Si bien la predisposición unilateral de los términos contractuales constituye intrínsecamente un riesgo, este peligro se incrementa notablemente cuando la extensión excesiva de dichas cláusulas obstaculiza una lectura mínimamente consciente. Esta dinámica reduce a la contraparte a un mero asentimiento ("sí o no"), configurando un negocio jurídico irreflexivo cuyas consecuencias no evaluadas ni conocidas por el adherente se producen sin más.

La protección legal deviene indispensable en el sector de los servicios digitales, donde los términos y condiciones exhiben una complejidad notoria y son de difícil comprensión para el usuario promedio. Precisamente, los fundamentos de la disposición protectoria se centran en resguardar al consumidor de prácticas comerciales abusivas, engañosas o que vulneren el derecho a la información y al trato digno. En el caso específico bajo análisis, la denuncia presentada por una usuaria activó el mecanismo de control estatal para fiscalizar si Facebook Argentina S.R.L. había cumplido con las obligaciones impuestas por la normativa de defensa del consumidor al modificar sus políticas de privacidad y servicio.

V. Tensión entre lógica de mercado y función de control estatal

A pesar de que la comunicación digital ostenta un carácter central debido a su implicancia fundamental en la dinámica social y la interacción humana, esta relevancia axiológica no impide que las empresas proveedoras de servicios (tales como WhatsApp y otras plataformas de mensajería o redes sociales) implementen prácticas comerciales orientadas a la maximización del lucro en el despliegue de su actividad en el mercado. Ello es predecible, dado que operan con una estructura comercial predispuesta al beneficio económico. En este marco, *“Derecho y Economía, conscientes cada uno de sus funciones, sin imperialismos absurdos y frustrantes, aportan lo suyo para concluir en una “utilidad con justicia”, en un lucro con equilibrio, (...) en el cual prive, (...) la solidaridad negocial”*.⁵

Además, el Estado en su función de procurar el bien común debe ejercer sus funciones de control y fiscalización como por ejemplo con la ley 27.442 de Defensa de la competencia que prohíbe las prácticas anticompetitivas en la oferta de bienes y servicios que puedan sugestionar o direccionar a la demanda, cuyo objeto o efecto sea el de limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, o que constituyan abuso de una posición dominante. El objetivo estatal es evitar conductas de las grandes estructuras mercantiles que puedan ocasionar menoscabos para el interés económico general, para propiciar condiciones de mercado lógicas y no perjudicar a la demanda de bienes y servicios. *“La igualdad y libertad económicas se encuentran desequilibradas. Ello determina la necesidad de examinar desde afuera el contenido contractual para asegurarse de que no existan vicios invalidantes en el consentimiento residualmente prestado, o la existencia de cláusulas abusivas”*.⁶

Además, el Artículo 38 de la Ley N° 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor) asigna a la autoridad de aplicación la tarea de asegurar que los contratos de consumo preestablecidos no incluyan cláusulas abusivas, como las detalladas en el Artículo 37 de la misma ley. Este control estatal es una muestra del poder de policía que detenta el estado en aras a la satisfacción del bien común. Más allá de las discusiones acerca de los abusos del poder corporativo, es importante recalcar que, tal como lo afirma Álvarez Larrondo, las leyes que protegen los derechos del consumidor actúan como un límite a la libertad individual de contratar. Su objetivo es asegurar que los acuerdos entre personas que dan origen a un acto de consumo no desvirtúen las normas de orden público. De este modo, se regula la libertad contractual para que su ejercicio no perjudique intereses que son importantes para el bienestar de la sociedad en su conjunto.⁷

5 MOSSET ITURRASPE, Jorge (1994). “Introducción al derecho del consumidor”. En ALEGRIA Héctor y MOSSET ITURRASPE, Jorge (dirs.), *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni. (p. 17)

6 STIGLITZ, Rubén S. (1998). *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General*, Bs. As: Abeledo Perrot. (p. 253)

7 ALVAREZ LARRONDO, Federico (2008): “El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el Derecho

En este sentido, la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor está facultada para diseñar e implementar políticas de protección al consumidor, lo que incluye la emisión de las resoluciones necesarias para tal fin. La Resolución 53 es clara muestra de ello. Pero ello no obsta a que un contrato ya intervenido por el poder de policía administrativo pueda soslayar la mirada judicial en atención al orden moral que puede implicar su mantenimiento so pretexto de estar ya autorizado por la autoridad de contralor.

VI. El Diseño de Alternativas Regulatorias para la Superación de la Problemática Contractual.

Ayres y Schwartz proponen un cambio de paradigma. Como los consumidores son optimistas respecto de los contratos a los que se adhieren en el sentido de que se convencen que el contrato encierra términos más favorables de los que realmente tienen, ésta sería la razón de la omisión de lectura⁸. Sostienen que si el *duty to read* (deber de leer) que presume que el consumidor acepta lo que firma fuera reemplazado por contratos que destaquen en *warning boxes* (advertencias destacadas de aquellas cláusulas sensibles, inesperadas o sorpresivas en la interfaz de la aplicación en palabras de los autores denominadas *mandated salience*), podría el consumidor cumplir mejor con su parte ante el *disclosure* del prestador, economizando su atención y a la vez concentrándola en lo relevante⁹.

Además, los autores señalan que si los “poderosos” de la relación jurídica de consumo realizaran estudios empíricos para identificar las cláusulas esperadas e inesperadas por los adherentes, tendrían posibilidad de *enforce* (exigir su cumplimiento), aún siendo perjudiciales o gravosas (aunque no abusivas ya que por su naturaleza tienen un protección legal específica para declararlas ineficaces). A este proceso lo denominan *term substantiation* por el cual se logra saber si los consumidores comprenden y esperan correctamente lo que se les impone. Respecto a las cláusulas del otro tipo, las que no coinciden con las expectativas naturales del consumidor, plantean que sólo serían válidas si se presentan en estas *warning boxes* que adviertan sobre su existencia en forma destacada. El estado más que realizar un decálogo de cláusulas desequilibradas a favor del predisponente (como lo hace la Resolución 53 ya mencionada ut supra) cumpliría un rol más eficaz si estandariza dicho formato para facilitar su lectura y captar la atención del aceptante en un rol activo o mejor dicho, menos pasivo.

La disposición 12/22 y la sentencia judicial en el caso en estudio demuestran que Whatsapp no ha cumplido con un *disclosure* efectivo. Las cláusulas estaban ocultas en inacabables textos vinculantes sin que se destaquen las condiciones más gravosas. Según la normativa argentina ese tipo de cláusulas son consideradas abusivas si aventajan al prestador desproporcionadamente en desfavorecimiento del usuario (jurisdicción extranjera, tráfico de datos personales, modificación unilateral, etc) y han de ser invalidadas ex post a instancia de la denuncia que se efectúe. En cambio, si se hubieran tomados medidas ex ante tendientes a prevenir el daño, en ejercicio del poder de policía la autoridad de contralor podría exigir en un formato estandarizado énfasis para las cláusulas gravosas o menos convenientes para el adherente, maximizando la

del Consumo”. *Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril)*, 25. La Ley Cita Online: AR/DOC/913/2008

8 AYRES, Ian, SCHWARTZ, Alan. (2014): *Op. Cit.*, p. 551.

9 AYRES, I., SCHWARTZ, Alan. (2014): *Op. Cit.*, p.553.

chance de que pueda tomar conocimiento de ellas al propiciar una efectiva lectura y romper con la ligereza por defecto.

Estas *warning boxes* que el estado puede diseñar y estandarizar para esta clase de contrataciones, a la luz de lo sostenido por Thaler y Sunstein, incrementan la racionalidad de la conducta del consumidor usuario que no suele estar presente en los casos *click wrap*. Este tipo de intervenciones, al decir de los autores, son *nudges* (“empujoncitos”) que facilitan las tomas de decisiones preservando la autonomía del agente y mejoran defectos conductuales sin coerción para comprender cláusulas inusuales o inesperadas. Una intervención estatal de esa naturaleza no implica entrometerse en el despliegue de la autonomía de las partes, ellas la siguen disponiendo en plenitud (paternalismo libertario lo llaman, acciones oficiales que no quitan opciones, simplemente se aseguran de que el usuario pueda tenerlas para escoger una entre todas las disponibles). Se apunta a debilitar los comportamientos desatentos e irreflexivos por medio del *nudge*, evitando *sludges* (desalientos al usuario para ejercer derechos que sean beneficiosos o bien fricciones deliberadas en la arquitectura contractual que explotan al individuo usuario que actúe por inercia y dificultades cognitivas con atención limitada)¹⁰.

VII. Reflexión final

Tengamos en cuenta el siguiente dato del último censo nacional del 2022: 89 de cada 100 habitantes emplean el celular, valor que es 1,2 p.p. mayor que en el mismo período del año anterior. Ante la magnitud de la utilización de estas tecnologías deviene necesario fomentar otros contrapesos para soslayar el poder de las grandes corporaciones que no encuentran obstáculo en persistir en sus operatorias¹¹.

De lo dicho se desprende que es indiscutida la penetración de las apps en la sociedad que constantemente nos lleva a adherir o aceptar condiciones y términos de uso vía electrónica. Las redes sociales y los teléfonos celulares han transformado profundamente la sociedad argentina, facilitando la comunicación, el acceso a la información y la interacción digital. La evolución de la Web 2.0 permitió que los usuarios participen activamente en plataformas digitales, lo que ha generado nuevas dinámicas sociales y comerciales.

Piénsese por un momento cuánto representa una multa de 5 millones de pesos argentinos para una megacorporación como Meta (empresa matriz de Facebook, Instagram y Whatsapp) que tiene un valor estimado de más de 1.5 billones de dólares¹². Evidentemente los mecanismos para remediar las injusticias sistemáticas en el tratamiento que reciben los usuarios precisan de una renovación, pecan de insuficiencia. No hacen mella a semejantes estructuras.

La potestad de control ejercida por el estado resulta ineficaz frente al avance de estas estructuras corporativas que acumulan poder a expensas de los recursos financieros,

10 THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R. (2009) Trad. Urrutia, Belén. *Un pequeño empujón: el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*. Barcelona: Taurus. p. 13
SUNSTEIN Cass R. “Sludge Audits”. *Behavioural Public Policy*;6(4):654-673. doi:10.1017/bpp.2019.32 acceso del 28/10/2025 desde https://www.researchgate.net/publication/338411082_Sludge_Audits

11 Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC). “*Informes técnicos*”. Vol. 7, Nro. 95. Ciencia y Tecnología. Vol. 7 Nro. 1. Acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación. EPH Cuarto trimestre de 2022. Recuperado de: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mautic_05_239BB78E7691.pdf

12 Google. *Precio en el mercado de valores y noticias de Meta Platforms (META)*. Recuperado de <https://www.google.com/finance/?hl=en>. Fecha de consulta: 31.10.2025

la información, el tiempo y, en última instancia, la dignidad del usuario. De allí que, además del andamiaje legal (Ley 24.240 y 27.742) y de las acciones concretas tanto en el ámbito administrativo (Res. 53/2003 o Disp. 12/2022) como judicial aquí analizadas, es fundamental explorar mecanismos alternativos para restablecer el equilibrio negocial en contextos de profunda asimetría jurídica. Esto exige un quiebre paradigmático para superar la inercia de las partes e implementar un *disclosure* efectivo que interpela la atención del adherente mediante una arquitectura de decisión mejorada, buscando así una nueva vía para garantizar los derechos esenciales de la comunidad.

Más allá del recurso de las *warning boxes*, otros *nudges* posibles de instrumentar podrían ser que los mismos prestadores realicen investigaciones para individualizar las cláusulas inesperadas por los usuarios a fines de contribuir a la efectividad del cumplimiento del deber de información, o por ejemplo simuladores de impacto contractual que ilustren las consecuencias de ciertas cláusulas, como también la educación de consumo para lograr concientizar a la población de los derechos y obligaciones emergentes, interfaces *antisludge* (con botones visibles para cancelar o modificar derechos), consentimiento segmentado (un *click wrap* diferencial para cláusulas centrales que las separe de las secundarias), revisión periódica de los términos y condiciones de las aplicaciones por parte del estado, etc..

En definitiva, la verdadera reconfiguración del estándar contractual exige reconocer el aprovechamiento desmedido que las grandes corporaciones obtienen de los datos y del tiempo que los usuarios ceden bajo la apariencia de consentimiento informado. La precarización jurídica que de ello deriva, junto con la pérdida de derechos en favor de beneficios económicos asimétricos para el predisponente, impone la necesidad de un cambio estructural en la forma de concebir la autonomía y protección del consumidor. Sólo a través de un nuevo paradigma que oriente las decisiones hacia la equidad, la transparencia y la responsabilidad digital podrá restablecerse el equilibrio negocial y garantizar la vigencia efectiva de los principios de buena fe, trato justo y derecho a la información en la era tecnológica.

Referencias Bibliográficas

- ALVAREZ LARRONDO, Federico. (2008): "El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el Derecho del Consumo". *Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril)*, 25. La Ley Cita Online: AR/DOC/913/2008
- AYRES, Ian y SCHWARTZ, Alan. (2014). "The no-reading problem in consumer contract law". *Stanford Law Review*, 66(3), 545-611. https://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2014/03/66_Stan_L_Rev_545_AyresSchwartz.pdf
- Google. *Precio en el mercado de valores y noticias de Meta Platforms (META)*. Recuperado de <https://www.google.com/finance/?hl=en>, fecha de consulta: 31.10.2025.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC). "Informes técnicos". Vol. 7, Nro. 95. *Ciencia y Tecnología*. Vol. 7 Nro. 1. Acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación. EPH Cuarto trimestre de 2022. Recuperado de: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mautic_05_239BB78E7691.pdf
- MAROTTA WURGLER, Florencia. (2011). "Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALI's "Principles of the Law of Software Contracts", *University*

of *Chicago Law Review*. Chicago: Núm. 78 (pp. 165-186)

- MOSSET ITURRASPE, Jorge (1994). "Introducción al derecho del consumidor". En ALEGRIA Héctor y MOSSET ITURRASPE, Jorge (dirs.), *Consumidores* (pp. 7-30). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- STIGLITZ, Rubén S. (1998). *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General*, Bs. As: Abeledo Perrot.
- SUNSTEIN Cass R. Sludge Audits. *Behavioural Public Policy*;6(4):654-673. doi:10.1017/bpp.2019.32 acceso del 28/10/2025 desde https://www.researchgate.net/publication/338411082_Sludge_Audits
- THALER, Richard. H. y SUNSTEIN, Cass R. (2009). Trad. URRUTIA, Belén. *Un pequeño empujón: el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*. Barcelona: Taurus.

Decisiones administrativas:

- Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo (5 de enero de 2022). Disposición 12/2022.

Jurisprudencia:

- Facebook Argentina S.R.L. c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Productivo s/ recurso directo Ley 24.240- art. 45 (EXP. 7180301/21)

Normativa:

- Congreso de la Nación argentina (22 de septiembre de 1993). Defensa del consumidor. [Ley 24.240, 1993]
- Congreso de la Nación argentina (25 de agosto de 1999). Defensa de la competencia. [Ley 27.442, 1999].
- Congreso de la Nación argentina (1° de octubre de 2014). Código Civil y Comercial. [Ley 26.994, 2014].
- Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor (21 de Abril de 2003). Determinanse cláusulas que no podrán ser incluidas en los contratos de consumo, por ser opuestas a los criterios establecidos en el artículo 37 de la Ley N° 24.240 y su reglamentación. [Resolución 53, 2003]

La tutela preventiva del Art. 1032 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Una herramienta de autoprotección frente al previsible incumplimiento contractual

The preventive protection of article 1032 of the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation.

A self-protection tool against foreseeable breach of contract

Cesar Mariano Briña¹

RESUMEN:

En el presente trabajo se analiza la tutela preventiva del contrato entendida como una manifestación de la función preventiva del derecho en el ámbito contractual. El Artículo 1032 del CCCN prevé un mecanismo de naturaleza excepcional que habilita a una de las partes a suspender su propio cumplimiento por avizorar una grave amenaza de daño respecto a sus derechos. Se analizan los elementos de la figura, entre ellos la grave amenaza de daño y el menoscabo significativo en la aptitud para cumplir o en la solvencia que sufre el restante contratante. Asimismo, se examinan tanto los antecedentes extranjeros y nacionales de la figura como su configuración en el derecho vigente. Se estudian los efectos de la tutela y los mecanismos que tiene un contratante para neutralizar el efecto fundamental de tutela preventiva.

ABSTRACT

This paper analyzes the anticipatory breach doctrine as a manifestation of the preventive function of law within the contractual sphere. Article 1032 of the Argentine Civil and Commercial Code establishes an exceptional mechanism that entitles one party to suspend its

¹ Abogado recibido en UNC 2007. Docente Universitario, Universidad Blas Pascal Derecho Civil III. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales en Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Abogado litigante, asesor de empresas, instituciones y colegios profesionales. Director Académico de la Sala de Derecho de los Contratos del Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados de Córdoba. Director, coordinador y docente en Diplomaturas, Congresos, Jornadas, capacitaciones y cursos en diferentes ramas del derecho privado. Autor de publicaciones. Correo: marianobrini@hotmail.com ORCID: 0009-0006-5879-7480

own performance when a serious threat of harm to its rights is foreseen. The study examines the essential elements of this mechanism, including the serious threat of harm and the significant impairment in the other party's ability to perform or its financial solvency. It also reviews both foreign and domestic precedents of this figure, as well as its configuration under current Argentine law. Finally, the paper explores the effects of this preventive mechanism and the remedies available to the other contracting party to neutralize the fundamental effects of the anticipatory breach

PALABRAS CLAVE: Contratos. Tutela Preventiva. Suspensión de cumplimiento. Autoprotección. Garantías.

KEYWORDS: Contracts. Preventive Protection. Suspension of Performance. Self-Protection. Guarantees.

I. Introducción

El contrato, por su efecto vinculante, resulta obligatorio para los contratantes y su contenido solamente puede ser modificado o extinguido por acuerdo expreso de las partes o en aquellos supuestos que la misma ley prevé². De tal modo el ordenamiento debe asegurar el cumplimiento de las prestaciones conforme lo convenido, por un lado, y desalentar conductas renuentes, omisiones o incumplimientos, por el otro. El aforismo *pacta sunt servanda*³, lejos de resultar un anacronismo, continua siendo pilar fundamental de nuestro sistema contractual por el cual lo acordado debe cumplirse escrupulosamente. Así el derecho a exigir el cumplimiento de las prestaciones contractuales tiene reconocimiento constitucional en el art. 17 de la Carta Magna, ya que los derechos derivados de los contratos forman parte del derecho de propiedad de los contratantes⁴. Sin embargo, las reglas jurídicas deben contemplar honrosas excepciones o atenuaciones⁵.

La tutela preventiva del contrato constituye un mecanismo excepcional que permite, a uno de contratantes, relevarse temporalmente de cumplir las obligaciones emergentes de un vínculo contractual celebrado válidamente. Es decir, no hay que esperar que el daño o lesión se produzca, sino que es una facultad que tiene el contratante que avizora el riesgo de perder una prestación⁶.

El artículo 1032 del CCCN, como una manifestación de la función preventiva del derecho

2 Art. 959 CCCN. Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

3 FREYTES, A. Un nuevo y peligroso embate a la doctrina clásica contractual. Academia Nacional de Derecho de Córdoba, en prensa. "El principio de autonomía negocial completa su significado con el de fuerza obligatoria del contrato, que entraña la sujeción de las partes al contenido libremente acordado al que quedan inexorablemente compelidas hasta su íntegra ejecución. El ejercicio de aquellas libertades obliga a las partes a respetar lo convenido, pues del contrato nace una regla que las vincula de una manera independiente de su voluntad, por obra del ordenamiento jurídico que sanciona la máxima *pacta sunt servanda*, esto es, el deber de cumplir escrupulosamente la palabra empeñada."

4 Art. 965 CCCN. Derecho de propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.

5 ALTERINI, J. Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018

6 APARICIO, J. Contratos, Hammurabi, 2023.

en el ámbito contractual, regula que: una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La norma habilita la suspensión temporaria del cumplimiento de las obligaciones de un contratante cuando sus derechos sufren una grave amenaza de daño, causada por un menoscabo significativo en la aptitud de cumplir o en la solvencia de la contraparte.

Por lo tanto, el sistema jurídico argentino mantiene como piedra angular el principio *pacta sunt servanda*, mientras que la tutela preventiva contractual emerge como una atenuación prudente y razonable que permite la suspensión de la propia prestación como mecanismo de protección legítima frente a una grave amenaza de daño por la frustración del plan prestacional.

II. Antecedentes.

1. Derecho comparado.

En el derecho continental europeo encontramos dos antecedentes relevantes⁷. En primer lugar, el parágrafo § 321 del BGB refiere que un contratante puede negarse a cumplir con la prestación a su cargo si el derecho a la contraprestación resulta seriamente comprometido. El derecho a negarse a cumplir cesa si se cumple con la contraprestación o se constituye una garantía que asegure el cumplimiento. En segundo lugar, el Art. 1461 del Código Civil italiano concede la facultad a los contratantes de suspender la ejecución de su prestación si las condiciones financieras o de solvencia de la otra han llegado a ser tales que ponen en evidente peligro la contraprestación. Estas normas del derecho comparado facultan a los contratantes a suspender su propia prestación por el temor fundado que el otro contratante, cuando le llegue el momento de cumplir no lo haga o no lo pueda hacer. Para la procedencia de la figura no resulta menester acreditar la insolvencia ni el incumplimiento contractual, puesto que son institutos que se basa en el temor serio y fundado que el restante obligado no podrá cumplir, a su turno, con la prestación comprometida. En ambos modelos se neutraliza la suspensión cumpliendo o prestando garantías suficientes. Se entiende que la suspensión es un remedio provisorio que no puede durar indefinidamente y los contratantes pueden exigirse garantías del cumplimiento recíprocamente.

En el *common law*, la solución del *anticipatory breach of contract* fue concebida a partir de un precedente del Siglo XIX, *Hochster v De la Tour*⁸. Autorizada doctrina considera que la suspensión preventiva del contrato habría surgido del mencionado caso⁹.

Por su parte, entre los antecedentes sudamericanos se destaca el Art. 477 del Código Civil de Brasil del año 2002¹⁰.

Cabe resaltar que los Principios de Unidroit abordan directamente la temática y centran

7 ALTERINI, J. Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018

8 La cuestión comenzó a ser debatida de modo relevante en el Derecho Inglés a partir del caso *Hochster vs De la Tour* del año 1853. CROVI, Luis Daniel, en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores), ESPER, Mariano (Coordinador), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Bs. As., LA LEY, 2014, t. III, Pág. 634.

9 LORENZETTI R. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo VI. Rubinzal Culzoni; 2015.

10 ALTERINI, J. Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018

su reglamentación sobre la exigencia de garantía suficiente de cumplimiento. El Art. 7.3.4 estipula que: Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial podrá exigir garantía adecuada de cumplimiento y mientras tanto podrá suspender su propia prestación. Si esta garantía no se otorga en un plazo razonable, la parte que la exige podrá dar por terminado el contrato.

Las progresivas incorporaciones de facultades suspensivas de protección del crédito dan cuenta que se ha comenzado a privilegiar la prevención de los eventos dañosos por sobre su reparación. Este cambio de visión fue plenamente receptado por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCN) a partir de la sanción de la Ley 26.994 y la tutela preventiva del contrato resulta una de sus manifestaciones.

2. Derecho nacional.

En el derecho foráneo, cabe resaltar que la tutela preventiva no estaba prevista en el Código Civil de Vélez Sarsfield, quien ya había contemplado la excepción de incumplimiento contractual (art. 1201 del CC). Recién en el Proyecto de Código Único de 1987 se puede advertir un germen de la figura. Se preveía una facultad resolutoria unilateral en favor de un contratante por la certeza que el otro contratante no cumpliría las obligaciones a su cargo (Art. 1204, inc. 2 del Proyecto). En lo sucesivo esta solución fue descartada por ser demasiado extrema: por el temor al incumplimiento no corresponde habilitar la extinción de un contrato válidamente celebrado.

La facultad de suspender precautoriamente el contrato fue contemplada en el Proyecto de Reforma del año 1998¹¹. El art. 992, propuso tres tipos diferentes de suspensión en sentido estricto: a) la suspensión pedida por una parte cuando la otra tiene imposibilidad temporaria de cumplir por causas ajenas; b) cuando fuera previsible que la otra parte no fuera a cumplir, por menoscabo en su aptitud de hacerlo, y c) la parte que pedía la suspensión fundada en su propia imposibilidad de cumplimiento, por causas ajenas a su voluntad. El dato más relevante de la norma proyectada era la exigencia de una comunicación expresa, inmediata y fehaciente a la otra parte cuando se ejerciera la suspensión.

Ninguna de las normas proyectadas llegó a convertirse en derecho vigente, aunque sirvieron de antecedentes mediatos a la figura prevista en el art. 1032 del CCCN.

III. Elementos de la suspensión preventiva del contrato.

En primer lugar, debemos destacar que el art. 1032 del CCCN consagra una facultad o posibilidad de suspender el cumplimiento. Este mecanismo de autoprotección patrimonial podrá ser ejercido por un contratante que vislumbre o avizore un grave riesgo a sus legítimos intereses. De ninguna manera existe un imperativo para el ejercicio de dicha prerrogativa. Por lo que el ejercicio de la tutela no es una obligación del contratante, sino una facultad que puede o no ser ejercida.

De la norma se pueden extraer determinados elementos que servirán para analizar la configuración de la tutela preventiva contractual en la dinámica de los negocios jurídicos.

1. Grave amenaza de daño a los derechos de un contratante. La amenaza de daño, en contra de los derechos del legitimado activo de la tutela preventiva, debe apreciarse

11 ALTERINI, J. Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018

en función de: las circunstancias particulares de la vinculación contractual, el contrato celebrado, las conductas de las partes durante el vínculo, la situación patrimonial del legitimado pasivo, etc. Como señalan Tinti y Calderón¹², la apreciación de la grave amenaza debe realizarse en el caso en concreto y evitando interpretaciones rígidas que desnaturalicen el fin tuitivo de la norma. Por lo tanto, las condiciones de procedencia de la tutela deben valorarse con criterio de razonabilidad y en función de lo que ordinariamente acontece en el tráfico negocial¹³. Se deben evitar las interpretaciones formalistas que priven de eficacia a la tutela, porque como dijimos su finalidad es protectoria y está orientada a preservar el sinalagma, la equidad contractual y la buena fe. Para la procedencia de la suspensión preventiva del art. 1032 del CCCN, existe consenso que debe acreditarse la existencia de un peligro grave, cierto y objetivo con entidad de provocar la frustración del contrato. No debe exigirse la acreditación del incumplimiento contractual ya que la norma habilita evitar un daño patrimonial antes de su consumación y, generalmente, la grave amenaza de daño se produce con anterioridad al incumplimiento.

2. El menoscabo significativo. Por su parte se requiere que el legitimado pasivo experimente un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia. Se entiende por menoscabo una modificación sustancial de la situación patrimonial que genera un riesgo manifiesto, concreto y objetivo de incumplimiento. La expresión menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, abarcaría cuestiones de hecho como pérdidas patrimoniales sufridas por la contraria que le impidan cumplir con la obligación asumida, así como también en caso de fuerza mayor o caso fortuito que imposibiliten temporalmente la obligación a cargo de la otra parte, permitiendo de esta forma conservar con vida al contrato hasta que dicha imposibilidad desaparezca¹⁴. Según Aparicio¹⁵, el deterioro o mutación patrimonial que origina el peligro debe apreciarse en su objetividad, sin atender a si resulta o no imputable al contratante afectado. El análisis, por tanto, no se apoya en si resulta imputable al deudor, sino en la realidad fáctica del riesgo y su potencial para comprometer el cumplimiento de la obligación.

El menoscabo significativo en la aptitud para cumplir o en la solvencia debe afectar al legitimado pasivo de la tutela preventiva. Es decir, se requiere una modificación patrimonial del deudor que comprometa su capacidad de cumplir o su solvencia. En este punto existe consenso interpretativo que no es necesario acreditar insolvencia en sentido estricto para la procedencia de la figura. De otro costado, se explica que la tutela no opera frente a la insolvencia¹⁶, sino que frente a un menoscabo significativo que compromete de manera razonable la expectativa de cumplimiento. Es decir, el instituto requiere un menoscabo en la solvencia del deudor, mas no su insolvencia. Como la figura tiene una finalidad de protección, puede invocarse antes de que la insolvencia se configure. Ello en razón que se pretende evitar que el acreedor quede expuesto a una frustración definitiva de su crédito.

IV. Diferenciación con la suspensión de cumplimiento del art. 1031 del CCCN.

Si bien cualquier instituto jurídico requiere de la comparación con figuras afines, en el caso de la tutela preventiva imprescindible demarcar los límites con la suspensión de

12 TINTI, G. CALDERON, M. Contratos. Parte General. Zavalía. 2016.

13 TINTI, G. CALDERON, M. Contratos. Parte General. Zavalía. 2016.

14 TINTI, G. CALDERON, M. Contratos. Parte General. Zavalía. 2016.

15 APARICIO, J. Contratos, Hammurabi, 2023.

16 TINTI, G. CALDERON, M. Contratos. Parte General. Zavalía. 2016

cumplimiento (art 1031 CCCN). La doctrina nacional considera a la tutela preventiva como: a). área contigua a la *exceptio*: Aparicio sostiene que se trata de un área contigua a la excepción de incumplimiento del art. 1031 CCCN¹⁷. b). tipo especial de suspensión del cumplimiento: Sánchez Herrero la denomina suspensión preventiva y la considera un caso paradigmático de suspensión contractual sin incumplimiento de la contraria. Por su parte la define como un tipo especial de suspensión del cumplimiento, diferenciada por el supuesto de hecho que la habilita, ya que opera antes de que ocurra el incumplimiento¹⁸. c). tutela preventiva del crédito: El comentario al CCCN de Alterini¹⁹ como el de Lorenzetti²⁰ enfocan a la figura como una tutela preventiva del crédito. Se la concibe como una protección frente al incumplimiento previsible anticipatory breach²¹. d). ampliación de los alcances de la excepción de incumplimiento: Borda entiende que la tutela amplía los alcances de la excepción de incumplimiento contractual (Art. 1031), que tradicionalmente se invocaba solo en obligaciones de cumplimiento simultáneo²². e). función preventiva del derecho ante un daño inminente. Para Galdós la figura opera cuando existe grave amenaza de daño para una parte sin importar la causa o el motivo que lo ocasione²³.

Por lo expuesto debemos desandar el camino, regresar al art. 1031 del CCCN para indagar sobre la suspensión de cumplimiento prevista en dicha norma. En los contratos bilaterales, una de las partes puede suspender el cumplimiento de la prestación hasta que la contraria cumpla u ofrezca cumplir. El artículo 1031 consagra que la suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o excepción. Esta figura es conocida como *exceptio non adimpleti contractus* y supone la clásica excepción de incumplimiento contractual.

La suspensión de cumplimiento y la tutela preventiva comparten una finalidad común: permitir al contratante suspender el cumplimiento de su prestación en resguardo del equilibrio sinalagmático del contrato. Son, por lo tanto, dos remedios de naturaleza sinalagmática destinados a proteger el vínculo contractual frente a la ruptura o amenaza de ruptura del equilibrio de prestaciones.

Sin embargo, las consecuencias jurídicas que derivan de una y otra no son idénticas. La suspensión del art. 1031 presupone un incumplimiento actual o inminente, verificable en el plano fáctico, y opera como una respuesta defensiva frente al quebrantamiento del sinalagma funcional del contrato. Por el contrario, la tutela preventiva del art. 1032 dispensa de aguardar un incumplimiento, ya que su presupuesto es la previsibilidad objetiva del riesgo de inejecución. Si fuera necesario esperar el incumplimiento, estaríamos nuevamente en el terreno del artículo 1031. Por eso, el legislador ha querido ofrecer un instrumento de autoprotección contractual anticipada, que habilite la suspensión antes de que el daño se produzca.

Con acierto Aparicio advierte que la tutela preventiva configura un área contigua a la

17 APARICIO, J. Contratos, Hammurabi, 2023.

18 SANCHEZ HERRERO. A. Tratado Derecho de los Contratos. Tomo IV. La Ley. 2015.

19 ALTERINI, J. Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018

20 LORENZETTI R. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo VI. Rubinzal Culzoni. 2015.

21 LORENZETTI R. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo VI. Rubinzal Culzoni. 2015.

22 BORDA, A. Derecho civil y Comercial. Contratos. La Ley. 2023.

23 GALDOS, J. La tutela preventiva del coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley. 2020. TR LALEY AR/DOC/951/2020

excepción de incumplimiento²⁴, puesto que la suspensión que habilita el art. 1031 CCCN requiere que las partes estén obligadas a cumplir sus prestaciones simultáneamente, mientras que la suspensión preventiva no. En este caso, la tutela preventiva habilita a que un contratante suspenda la prestación a la que está obligado porque se avizora, de modo serio y objetivo, la frustración de su derecho cuando llegue el momento de recibir la contraprestación. Por su parte, Sánchez Herrero²⁵ sostiene que la suspensión preventiva del art. 1032 es una variante especial de la suspensión del cumplimiento, diferenciada únicamente por su supuesto de hecho: en lugar del incumplimiento, aparece un peligro previsible de que éste ocurra. En similar sentido, Borda²⁶ entiende que el art. 1032 amplía los alcances de la excepción de incumplimiento, toda vez que la *exceptio* del art. 1031 sólo resulta aplicable en los casos de obligaciones de cumplimiento simultáneo, mientras que la tutela preventiva no requiere tal simultaneidad. Por su parte, Centenaro califica al art. 1032 como un complemento natural del artículo 1031, destacando la continuidad conceptual entre ambos remedios contractuales²⁷.

En consecuencia, la tutela o suspensión preventiva es una figura perfectamente diferenciable de la típica suspensión de cumplimiento del art. 1031 del CCCN. Recapitulando: 1. En la tutela no es requisito que las obligaciones sean simultáneas, como ocurre en la suspensión del art. 1031. 2. Si bien ambas figuras son remedios sinalagmáticos que se producen en los contratos bilaterales, en la tutela preventiva no se requiere el incumplimiento de la contraria, solo debe avizorarse de modo serio y previsible. 3. La tutela preventiva es una forma de autoprotección frente al riesgo previsible de que la otra parte no cumpla sus obligaciones.

V. Fundamento de la Tutela.

Antes que se sancionara el art. 1032 del CCCN ya se admitía que era posible suspender preventivamente el cumplimiento del contrato en ciertos casos²⁸. Por lo que parte de la doctrina nacional se había encargado de dotar de fundamentos al instituto, incluso cuando no existía una norma que sustentase dicha posibilidad.

Entre los autores que se han referido a la tutela preventiva sistematizamos los siguientes fundamentos: a). Sánchez Herrero²⁹ considera que es razonable la tutela ya que no hay por qué forzar a un contratante a cumplir si ya se sabe que el otro no cumplirá su obligación correspondiente, o al menos es probable que esto suceda. b). para Alejandro Borda³⁰ la figura encuentra fundamento en el abuso del derecho. Por lo que resulta abusivo que quien está obligado a cumplir deba hacerlo pacientemente mientras que el cocontratante se insolventa o se desmoronan las posibilidades de ver satisfechas sus créditos. c). a decir de Hernández y Trivisono el fundamento está en la finalidad tuitiva del instituto y en conservar al contrato con vida hasta que dicha imposibilidad de cumplimiento desaparezca³¹. d). Lorenzetti³² se enfoca en la tutela del crédito que le asiste al acreedor.

24 APARICIO, J. Contratos, Hammurabi, 2023.

25 SANCHEZ HERRERO, A. Tratado Derecho de los Contratos. Tomo IV. La Ley. 2015.

26 BORDA, A. Derecho Civil y Comercial. Contratos. La Ley. 2023.

27 CENTENARO, E. Manual de Contratos. 2015

28 LAGO, D. La suspensión del cumplimiento contractual ante el peligro de incumplimiento de la contraparte en el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, LL Sup. Act 13/03/2002, 2.

29 SANCHEZ HERRERO, A. Tratado Derecho de los Contratos. Tomo IV. La Ley. 2015.

30 BORDA, A. Derecho Civil y Comercial. Contratos. La Ley. 2023.

31 HERNANDEZ, C. TRIVISONO, J. Suspensión del contrato en el Proyecto del Código. La Ley, 18/09/2012, 1.

32 LORENZETTI R. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo VI. Rubinzal Culzoni. 2015.

Frente al incumplimiento previsible y para evitar un mal mayor es que se permite al contratante desligarse ante tempus. Se autoriza a anticiparse en los tiempos pidiendo seguridades y certezas. e) Jorge Galdós³³ encuentra el fundamento en lo provisorio de la figura: el objetivo es diferir, posponer o postergar el cumplimiento de la obligación de la parte cumplidora ante la probabilidad objetiva de que la otra no pueda satisfacer el interés del acreedor. Naturalmente, la suspensión quedará sin efecto en la medida en que la otra parte cumpla u otorgue las seguridades suficientes respecto de que el cumplimiento será realizado.

La solución de la tutela del Art. 1032 es claramente preventiva y dotada de toda lógica, así permite al vendedor evitar pagar el precio cuando es sabido que no habrá entrega.

Asimismo, la tutela preventiva se erige como una manifestación del principio de conservación del vínculo contractual en los términos del Art. 1066 del CCCN y como una protección de la confianza y la lealtad recíproca de los contratantes (art. 1067 CCCN).

VI. Finalidad de la tutela.

La tutela preventiva se erige como un mecanismo de autoprotección patrimonial que, fundado en la buena fe contractual, faculta a un contratante a suspender el cumplimiento de su prestación ante una amenaza grave, seria y ostensible de incumplimiento por parte de la contraparte. La finalidad de la suspensión preventiva consiste en prevenir un daño patrimonial evitable, garantizando el equilibrio contractual y la confianza legítima entre las partes. Por lo tanto, persigue tutelar, cuidar y/o proteger el plan prestacional que encierran los contratos de cambio.

Realizar planteos hipotéticos sobre la casuística de la figura es una tarea inabordable³⁴, por ello que debe imperar la razonabilidad y la proporcionalidad en el ejercicio de la tutela para no incurrir en abusos, por un lado, y cumplir la finalidad tuitiva de la norma, por el otro. Para una correcta interpretación de la ratio legis del art. 1032 del CCCN se impone un exhaustivo análisis del contexto económico, social y jurídico en que se desarrolla el contrato. De igual forma los contratantes (primeros intérpretes del vínculo contractual), los operadores jurídicos, los árbitros, los magistrados y los abogados defensores deben analizar minuciosamente el caso concreto y recurrir a criterios de ecuanimidad y prudencia para que la tutela preventiva cumpla su finalidad y que el vínculo contractual se mantenga incólume hasta su extinción por el cumplimiento cabal de las prestaciones.

La tutela no puede ser una herramienta que habilite el incumplimiento contractual. Solamente el contratante diligente podrá suspender la ejecución de su prestación cuando advierta una amenaza grave, seria y ostensible de incumplimiento de la contraparte. En

33 GALDOS, J. La tutela preventiva del coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley. 2020. TR LALEY AR/DOC/951/2020

34 Solo a modo ejemplificativo enumeramos posibles acontecimientos que habiliten un planteo de suspensión preventiva basada en la grave amenaza de daño que provoque un menoscabo significativo en la aptitud de cumplir o en la solvencia del otro contratante; a saber: 1. Caso fortuito, la fuerza mayor, las catástrofes naturales (como inundaciones o terremotos), las internaciones prolongadas a raíz de accidentes. 2. Pueden producirse alteraciones imprevistas del mercado o del entorno económico que afecten de modo gravitante en la solvencia del obligado. 3. La amenaza grave de daño y el menoscabo significativo pueden haber sido ocasionadas por decisiones financieras o conductas del propio contratante que generen un riesgo razonable de incumplimiento. Así, resultan fundadas las sospechas cuando el deudor cierra su casa matriz, traslada sus negocios al extranjero, discontinúa un modelo de producción, o manifiesta públicamente su intención de no cumplir. 4. Otros supuestos ilustrativos podrían ser una empresa que suspende intempestivamente una línea de productos comprometidos en un contrato, o un deportista profesional que sufre una lesión que le impide cumplir con una obligación asumida.

todos estos casos, lo relevante no es la consumación efectiva del incumplimiento, sino la existencia de un riesgo objetivo y razonablemente comprobable. Por el contrario, un mero rumor, el temor subjetivo de un contratante, una sospecha infundada o el alea normal de los negocios no puede habilitar una medida tan extrema como es suspender preventivamente el contrato.

VII. Efecto de la tutela preventiva.

El art. 1032 del CCCN faculta a un contratante a el cumplimiento de su propia prestación en razón de configurarse una grave amenaza de daño por el posible incumplimiento del otro contratante. Este efecto no implica una sanción, sino la consagración de un derecho de autoprotección que encuentra su fundamento en la buena fe objetiva, la razonabilidad y en la función preventiva del derecho.

El efecto de la tutela preventiva es temporal y reversible. Por lo tanto, no opera de modo automático, ni tampoco es un remedio definitivo. Este instituto pierde su razón de ser cuando el cocontratante cumple acabadamente y fielmente con la prestación a su cargo. Además, el ordenamiento permite al deudor brindar seguridades suficientes de que cumplirá con su prestación, de esta manera la finalidad protectoria se satisface y se produce la restauración de la confianza contractual. Asimismo, existen múltiples alternativas mediante las cuales el deudor puede desarticular o neutralizar la suspensión prevista en el art. 1032 del CCCN.

Algunos autores advierten efectos secundarios en la tutela, tales como la conservación del vínculo contractual, la renegociación como autocomposición de intereses en pugna o una manifestación del principio de prevención del daño³⁵.

VIII. Neutralización de la suspensión de cumplimiento.

Aparicio observa que el mecanismo de neutralización surge de la misma disposición legal y constituye una herramienta para restablecer la dinámica sinalagmática del contrato³⁶. El propio art. 1032 establece que la suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.

El cumplimiento de la prestación no genera mayores inconvenientes interpretativos, ya que el ordenamiento nos brinda pautas claras sobre el pago, entendido como el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación (art. 865 ss y cc del CCCN).

Ahora bien, ¿qué debemos entender por seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado? Como pauta general no bastaría una mera manifestación de voluntad que va a cumplir: se exige una pauta objetiva de solvencia y seriedad que proporcione una confianza objetiva y verificable sobre la futura ejecución³⁷.

No obstante, como la terminología “seguridades suficientes” es demasiado laxa podemos pensar que el acreedor podría darse por garantido por actitudes del contratante obligado (a saber, el juramento o el simple, y a la vez complejo, compromiso asumido en persona).

35 SOZZO, G. *Las Relaciones Contractuales En Tiempos De Emergencia*. Rubinzal Culzoni. 2020.

36 APARICIO, J. *Contratos*, Hammurabi, 2023.

37 ALTERINI, J. *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018. Pág. 550.

Como la norma no restringe al contrato de fianza, Borda³⁸ entiende que se refiere a la constitución de una garantía real o personal adecuada que brinde certeza razonable de que el cumplimiento será realizado.

Las seguridades suficientes, que debe brindar el deudor para dejar sin efecto a la tutela preventiva, pueden ser: el contrato de fianza, la constitución de un derecho real de garantía (verbigracia: hipoteca), un depósito en garantía, el libramiento de un pagare en garantía, un aval bancario, la presentación formal de un plan prestacional detallado del cumplimiento, etc. Sin embargo, a nuestro entender, es necesaria la conformidad del acreedor. Se debe privilegiar la seguridad del tutelado, quien a su vez debe ser permeable a las propuestas que se le realicen y evitar encerrarse en posturas arbitrarias o caprichosas. Recordemos que la tutela brinda una solución provisoria; fracasada la coyuntura de la suspensión preventiva, el vínculo se encaminará a una extinción y será regido por las pautas rígidas de la resolución contractual.

IX. Aspectos procedimentales.

1. Carga de la prueba.

Como aspecto instrumental, debemos preguntarnos sobre quien pesa la carga de la prueba de los extremos que justifican la tutela. Como regla quien invoca debe probar³⁹. El contratante que pretende la suspensión debe demostrar la existencia del riesgo cierto y concreto de incumplimiento, debe probar la existencia de un menoscabo significativo en la aptitud de la otra parte para cumplir, debe probar cualquier circunstancia objetiva que altere sustancialmente la solvencia del deudor y/o debe probar la insolvencia. Sin embargo, el principio de la carga dinámica de la prueba puede desplazar el *onus probandi* hacia quien se encuentre en mejores condiciones de acreditar los hechos⁴⁰. Así, si el deudor posee los elementos contables o documentales que permiten probar su capacidad de cumplimiento, será él quien deba aportarlos, en virtud del principio de colaboración y buena fe procesal. En materia de relaciones de consumo, esta regla adquiere especial relevancia, dado el principio protectorio que informa el derecho del consumidor⁴¹.

Para la procedencia de la figura se entiende que la tutela preventiva contractual requiere un grado superior de certeza que las medidas cautelares tradicionales. Estas medidas procesales descansan sobre la verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contratutela suficiente, en cambio la tutela del Art. 1032 del CCCN, como advierte Iván de Chiazza requieren de una alta o fuerte probabilidad del derecho invocado, sustentada en prueba contundente y precisa. Por lo tanto no basta el temor ni la mera conjetura: debe demostrarse un riesgo razonablemente inminente de frustración del contrato y para ello es necesario acreditación de los extremos invocados⁴².

2. Deber de comunicación.

El artículo 1032 CCCN no impone expresamente el deber de comunicación previa. Recor-

38 BORDA, A. Derecho Civil y Comercial. Contratos. La Ley. 2023.

39 BORDA, A. Derecho Civil y Comercial. Contratos. La Ley. 2023. SANCHEZ HERRERO. A. Tratado Derecho de los Contratos. Tomo IV. La Ley. 2015.

40 ALTERINI, J. Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018. Pág. 553

41 ALTERINI, J. Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018. Pág. 553

42 DI CHIAZZA, I. ¿Pretensión preventiva contractual? TR LALEY AR/DOC/197/2017

demos que el Proyecto de 1998 exigía que quien pretendiera suspender el cumplimiento lo comunicara de inmediato a la otra parte. Sin embargo, el CCCN se inclinó por lo regulado en el artículo 1461 del Código Civil italiano que no considera necesario el aviso previo.

Si bien no es un requisito legal expreso, la comunicación extrajudicial previa constituye una medida razonable y de buena fe (arts. 9 y 10 CCCN). La doctrina nacional coincide en que existe un deber de comunicación que se deriva implícitamente del ejercicio regular de los derechos⁴³. La omisión de comunicar de modo previo a recurrir a tribunales podría, en ciertos casos, privar de legitimidad al ejercicio de la facultad suspensiva y tener que cargar con las costas del proceso.

3. Vía procesal adecuada. ¿La acción preventiva de daños?

En las Jornadas de Derecho Civil de 2017, realizadas en la Plata 2017, la comisión de derechos de daños en cuanto a la Función preventiva de la responsabilidad civil declaró que: *el deber de prevención del daño que requiere el art. 1710 del Cod. Civ. y Com., es aplicable tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual de la responsabilidad*⁴⁴. Mientras que en las Jornadas de Derecho Civil de 2022, realizadas en Mendoza en la Comisión N° 3 del Derecho de Daños se resolvió que la acción preventiva que prevé el Art. 1711 es aplicable en el ámbito contractual y que el Art. 1032 es una especie del género función preventiva del derecho.

Por lo tanto la tutela preventiva es una exteriorización de función preventiva del derecho⁴⁵ y a las acciones iniciadas en base al art. 1032 del CCCN les resultarían aplicables las pautas de los arts. 1711 ss y cc del CCCN. Galdós entiende que la tutela preventiva contractual es figura encaballada entre el derecho de los contratos y la función preventiva de daños. Por su parte refiere que existe una tendencia restrictiva en la materia pero que ello obedece a la naturaleza misma de los hechos en discusión y la falta de prueba de la idoneidad de la vía intentada⁴⁶. Este autor realiza un excelente racconto de casos jurisprudenciales que dan cuenta de los cambios que se producen conforme las normas procedimentales cada una de las jurisdicciones⁴⁷.

43 SANCHEZ HERRERO. A. Tratado Derecho de los Contratos. Tomo IV. La Ley. 2015.

44 ALONSO, I. Acción preventiva en materia contractual. LA LEY. 2018. TR LALEY AR/DOC/47/2018. Ver XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017, comisión 4: "Derecho de daños", "Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil"

45 TINTI, G. CALDERON, M. Contratos. Parte General. Zavalía. 2016. Sostienen que el Art. 1032 del CCCN consagra una acción preventiva de tutela del crédito facultando a uno de los contratantes a suspender la ejecución de su prestación como mecanismo de protección frente al riesgo serio que la contraparte no satisfaga las obligaciones a su cargo.

46 GALDOS, J. La tutela preventiva del coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley. 2020. TR LALEY AR/DOC/951/2020.

47 Galdós realiza un interesante racconto de causas de las que se puede advertir que en algunos casos la tutela preventiva se tramitaron como medidas cautelares, procesos de conocimiento o amparos. CNCom., sala D, 18/10/2016, "WalMart Argentina SRL c. Grainco SA y otro s/ medida precautoria", LA LEY, 2017-B, 356; AR/JUR/84705/2016. CNCom., sala D, 14/11/2017, "Vila, Daniel E. c. Vila Santander, Alfredo L. s/ medida precautoria", AR/JUR/95138/2017. CNCom., sala F, 01/03/2018, "Kicer SA c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ amparo" AR/JUR/228/2018. CNCom., sala D, 12/04/2012, "La Iglesia Universal del Reino de Dios c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ amparo", AR/JUR/13568/2012. CNCom., sala F, 15/06/2017, "Trejo Saravia, Guadalupe c. Falabella SA". CCiv. y Com. Azul, sala II, 19/12/2017, "Torres, Luis Angel c. Caja de Seguros SA s/ cumplimiento de contratos civiles/comerciales", AR/JUR/91578/2017. Juzg. Civ. y Com. 4ª Nom. Rosario, "Beccacece, Víctor c. Chevrolet SA de Ahorro para Fines Determinados s/ demanda de derecho de consumo"; idem, Juzg. Civ. y Com. 4ª Nom. Rosario, "Derruidi, María Cristina c. Círculo de Inversores SA de Ahorro para Fines Determinados s/ demanda de derecho de consumo". CNCom., sala F, 09/04/2019, "América TV SA c. Practiplus SA s/ ordinario", RCCyC 2019 (noviembre), 13/11/2019, 203; AR/JUR/20482/2019. CCiv. Com. Mar del Plata, sala III, 18/09/2019, "M., V. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ acción de reajuste (art. 250, Cód. Proc. Civ. y Com.)", AR/JUR/27820/2019. GALDOS, J. La tutela preventiva del coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley. 2020. TR LALEY AR/DOC/951/2020.

X. Algunos interrogantes.

A continuación, nos plantearemos algunos interrogantes para un estudio exhaustivo de la figura, su mejor comprensión en la praxis y un abordaje integral de la tutela preventiva contractual.

1. ¿A qué contratos se aplica? La tutela preventiva resulta aplicable a los contratos paritarios⁴⁸ y, fundamentalmente, a los de adhesión a condiciones generales⁴⁹ y a contratos de consumo. En todos los casos deben ser contratos bilaterales, por ende, onerosos. De esto se colige que en la inmensa mayoría de tipos contractuales del sistema contractual nacional se podrá invocar válidamente el art. 1032 del CCCN. Por las características de la figura se requiere que el vínculo engendre obligaciones para ambos contratantes.

2. ¿Quién puede prevalecerse de la figura? El art. 1032 del CCCN prevé un resorte que brinda el ordenamiento para liberar a un contratante que advierte fundadamente un previsible fracaso del plan prestacional. Por lo tanto, el legitimado para invocar la tutela es el contratante que avizora la grave amenaza de daño que el restante contratante le puede ocasionar. Específicamente, la norma tuitiva de índole general complementa la protección que el sistema brinda al consumidor. Este podrá invocar la tutela preventiva, ya sea en sede administrativa como en sede judicial, apoyándose en el régimen de defensa del consumidor y que deberá ser interpretado conforme a sus principios (arts. 1094 y 1095 del CCCN) y criterios específicos de la ley especial (ley 24.240). Por su parte, nos resulta bastante trabajoso e incómodo suponer situaciones en las que un proveedor o predisponente pudiera prevalecerse del Art. 1032 del CCCN

3. ¿Es aplicable la tutela a los contratos preliminares? A nuestro entender los contratos preparatorios⁵⁰ constituyen un género y los preliminares una especie cuya característica principal es que obligan a contratar. Por lo tanto el género preparatorios comprende todas aquellas figuras que apuntan a arreglar las vinculaciones de las partes si estas llegan a avenirse, teniendo una existencia provisorio, poseen la función específica de preparar la concertación de un contrato definitivo, cuya existencia depende de la libre voluntad de una o ambas partes⁵¹. Entre los preparatorios enumeramos: contrato marco, normativo, preferencia, etcétera.

La especie contratos preliminares tienen una característica principal gozan de fuerza obligatoria y exigibilidad. Consideramos que el instituto de la tutela preventiva encuentra terreno fértil en el contrato de promesa (Art. 995 CCCN) y en el contrato de opción (Art. 996 CCCN). Ello en razón que, independientemente de la celebración del contrato definitivo, los contratos preliminares son auténtico vínculos contractuales⁵² y la falta de cumplimiento a las prestaciones comprometidas genera responsabilidad contractual⁵³.

48 DI CHIAZZA, I. ¿Pretensión preventiva contractual? TR LALEY AR/DOC/197/2017

49 VALLESPINOS, C. El Contrato Por Adhesión a Condiciones Generales. Universidad, 1984.

50 APARICIO, J. Contratos, Hammurabi, 2023. NICOLAU, N. Contratos preliminares. La promesa de celebrar y el contrato de opción, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, 2014.

51 SPOTA, A. G. Los contratos preparatorios, LL, 1943.

52 Cabe aclarar que nos enrolamos en la postura que diferencia a los contratos preliminares como una especie dentro del genero contratos preparatorios.

53 SPOTA, A. G. Los contratos preparatorios, La Ley, 1943. "Consideremos ahora, de entre esos diversos tipos de contratos preparatorios, o sea, de los contratos reglamentarios o normativos, de coordinación y preliminares, estos últimos. Su característica fundamental es la de que, si bien preparan la formación de un contrato definitivo son contratos propios, que tienen fuerza obligatoria. Pero el contrato definitivo depende de una manifestación de voluntad, sea de una de las partes, sea de ambas. Esa manifestación de voluntad sobreviene en el futuro; si ella no acaece, la parte que debía

Por el argumento referido y contrario sensu, afirmamos que no podrá invocarse la tutela durante las tratativas contractuales (ni en la denominada carta de intención o minutas) toda vez que las partes son libres para contratar o no, amén de los deberes emergentes de la etapa precontractual: buena fe, seguridad y confidencialidad.

4. ¿Es aplicable a todos los contratos preparatorios? La aplicabilidad de la tutela a todas las variantes de contratos preparatorios resulta mucho más difícil de afirmar. No obstante ello, Carlos Hernández⁵⁴ sostiene que la tutela preventiva resultaría aplicable al Contrato Marco. Prevé que de acuerdo al Art. 1075 del CCCN, efectos de los contratos conexos, un contratante válidamente podría suspender su prestación en los términos del Art. 1032 CCCN. La situación descrita podría darse, a su entender, debido el paso del tiempo entre el perfeccionamiento del contrato marco y los sucesivos contratos de aplicación.

5. ¿Podría renunciarse a convencionalmente a invocar la tutela preventiva? El Art. 13 del CCCN permite que puedan ser renunciados los efectos que impone la ley en un caso en particular. Por lo tanto, no se advierte una negativa que surja de la ley. Del análisis armónico de los arts. 962 y 963 del CCCN no existiría obstáculo para que las partes convengan renunciar a la facultad que le otorga el art. 1032 del CCCN. Dentro del enorme universo de los matices, consideramos que una renuncia anticipada de ejercer la tutela preventiva del crédito de modo unilateral podría configurar una situación de abuso del derecho (art. 10 CCCN) o un abuso de una posición dominante (art. 11 CCCN). En este marco de ideas, la cláusula que impone una renuncia de estas características debiera ser analizada pormenorizadamente. Tratándose de un contrato de adhesión y a la luz del Art. 988 CCCN deberán tenerse por no escritas: a. Las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b. Las que importan una restricción o renuncia a los derechos del adherente o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c. Las que por su contenido, redacción o presentación no son razonablemente previsibles.

XI. Corolario

En la presente investigación se han compartido alguna de las aristas más relevantes de la novedosa herramienta prevista en el Art. 1032 del CCCN, sin embargo, nos invade una sensación de profunda insatisfacción toda vez que advertimos que la tutela preventiva del contrato es una herramienta noble que carece de la implementación adecuada. Por lo tanto, consideramos que debemos abordar estudios más profundos en la materia, ya que la tutela preventiva puede resultar una herramienta de notable utilidad para la autocomposición de intereses de los contratantes.

prestarla incurre en responsabilidad contractual, ya que ha violado el contrato preliminar”

54 HERNÁNDEZ, C. El contrato marco. La Ley. 2021.

Impacto de la inteligencia artificial en el marco jurídico de la responsabilidad civil

Impact of artificial intelligence on the civil liability legal framework

Lucas Germán Marchetti Nova¹

RESUMEN:

Ante la irrupción de nuevas hipótesis dañosas que surgen de la implementación de la tecnología, resulta necesario definir el marco jurídico aplicable para determinar bajo qué presupuestos puede atribuirse responsabilidad civil cuando un sistema de Inteligencia Artificial causa un daño. Entre las posibles soluciones al planteo de este problema, hay autores que propugnan la adaptación de los marcos de responsabilidad civil ya existentes, mientras que otros consideran necesaria la creación de un marco jurídico específico. Surgen diversas posturas y propuestas, pero, desde este punto de vista, se entiende que ninguna de ellas es lo suficientemente adecuada para regular la cuestión, sino que es menester crear una regulación específica que tenga en cuenta la constitucionalización del derecho privado, la protección de los derechos de las víctimas del daño y los efectos secundarios que pueden derivar de una regulación excesiva.

ABSTRACT

In view of the emergence of new damage hypotheses arising from the implementation of technology, it is necessary to define the applicable legal framework to determine under what assumptions civil liability may be attributed when an Artificial Intelligence system causes damage. Among the possible solutions to this problem, there are authors who advocate the adaptation of existing civil liability frameworks, while others consider it necessary to create a specific legal framework. Various positions and proposals arise, but, from this point of view, it is understood that none of them is adequate enough to regulate the issue, but that it is necessary to create a specific regulation that takes into account the constitutionalization of private law, the protection of the rights of the victims of the damage and the side effects that may arise from excessive regulation.

¹ Empleado del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Cuarta Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Villa María. Instructor del Proceso de Oralidad. Abogado (Universidad Católica de Salta), Escribano (Universidad Siglo 21), Maestrando en Posgrado de Maestría en Derecho Privado (Universidad Nacional de Rosario). Trabajo que se desarrolla en el marco del proyecto de tesis de la Maestría titulado "Responsabilidad civil por los daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial: Análisis de presupuestos". Correo electrónico: lucas_240796@hotmail.com. Número de ORCID: 0009-0001-5583-610X.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial, responsabilidad civil, presupuestos, marco jurídico específico, riesgo.

KEY WORDS: Artificial intelligence, civil liability, assumptions, specific legal framework, risk.

I. Introducción

El exponencial avance tecnológico y el auge de la inteligencia artificial² y sus usos, impacta cada vez más en la cotidianidad y en el derecho, como la mayoría de los hechos de la realidad social. En la actualidad se están diseñando, desarrollando, comercializando, aplicando y utilizando sistemas inteligentes cada vez más sofisticados. Dentro del amplio campo en el que este fenómeno tiene implicancias y produce efectos, se encuentra el ámbito de la responsabilidad civil que se puede originar por la producción de daños derivados de la utilización o aplicación de sistemas que se sirven de IA.

II. ¿Qué es la Inteligencia Artificial?³

Previo a adentrarse en la pregunta fundamental de este trabajo, es prudente intentar definir el concepto que se trata.

El diccionario de la RAE entiende a la IA como una *“disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico”*.

En el plano jurídico, se observa una tendencia a optar por nociones amplias que, sin prescindir de consideraciones técnicas, tengan la flexibilidad necesaria para favorecer la adaptación de los marcos regulatorios al rápido avance tecnológico, aptos para dar respuestas a los problemas sociales sin quedar desactualizados rápidamente y contribuir a aportar seguridad jurídica.

En esta línea, el Libro Blanco de la Unión Europea sobre Inteligencia Artificial la considera *“una combinación de tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática”*.

Por su parte, la Comisión del Parlamento Europeo⁴, refirió que se trata de *“sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción -con cierto grado de autonomía- con el fin de alcanzar objetivos específicos”*. En tanto aclaró que, *“la IA puede consistir simplemente en un programa informático, o estar incorporada en dispositivos de hardware demostrando así sus posibilidades de ser corpórea e incorpórea sin cambiar su esencia”*.

Con mayor precisión, el art. 4 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la Inteligencia Artificial, la robótica y las tecnologías conexas, la define como:

“Un sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que manifiesta un comportamiento inteligente al ser capaz, entre otras cosas, de

2 En adelante, se utilizarán de manera indistinta los términos inteligencia artificial y su abreviación “IA”.

3 Cfr. FRUSTAGLI, Sandra Analía (2021): *Derecho del consumidor frente a los desafíos del uso de la inteligencia artificial (IA) en las relaciones de consumo*, pp. 11.

4 Comisión Europea. Comunicación denominada “Inteligencia artificial para Europa”. Bruselas, Bruselas - Capital, Bélgica. (25 de abril de 2018).

recopilar y tratar datos, analizar e interpretar su entorno y pasar a la acción, con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos”.

El Anteproyecto de Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de la Unesco (París, septiembre de 2020) expresa que:

“Los sistemas de IA son tecnologías de procesamiento de la información que incorporan modelos y algoritmos que producen una capacidad para aprender y realizar tareas cognitivas, dando lugar a resultados como la predicción y la adopción de decisiones en entornos reales y virtuales. Los sistemas de IA están diseñados para funcionar con una cierta autonomía, mediante la modelización y representación del conocimiento y la explotación de datos y el cálculo de correlaciones (...)”.

Son también significativas otras definiciones que ponen de relieve el hecho de que la IA supone una *“constelación de procesos y tecnologías que permiten que las computadoras complementen o reemplacen tareas específicas que de otro modo serían ejecutadas por seres humanos, como tomar decisiones y resolver problemas”*, cuyo funcionamiento se apoya en el uso de algoritmos⁵. La precisión de los resultados se incrementa cuanto mayor sea la cantidad y calidad de los datos con que se alimentan los algoritmos. Y, a su vez, la singular velocidad de procesamiento de enorme cantidad de datos (big data) que exhiben los sistemas algorítmicos posibilita a los programas de IA ejecutar, en poco tiempo y con eficiencia, funciones de toma de decisión que antes eran realizadas por seres humanos.

Asimismo, hay que diferenciar entre IA débil e IA fuerte. La primera solo es capaz de realizar tareas específicas, no es reactiva (es decir, no actúa por sí sola), no es flexible, tiene que ser programada por un humano, imita el pensamiento humano (porque no puede razonar por sí sola) y aprende de los ejemplos que ya fueron insertos en ella. En cambio, la segunda es capaz de realizar las mismas tareas intelectuales que un ser humano, resolviendo problemas abiertos de manera flexible, siendo proactiva, auto programándose y teniendo muchas redes neuronales complejas que la retroalimentan⁶. A juicio de muchos, esta última especie aún no ha sido desarrollada tecnológicamente.

Dentro de la IA es posible encontrar distintos subtipos:

- El *Machine Learning* (aprendizaje automático), que se enfoca en el desarrollo de sistemas que aprenden o mejoran su rendimiento en función de los datos que consumen. Puede ser supervisado o no supervisado.
- El *Deep Learning* (aprendizaje profundo), que se enfoca en la utilización de redes neuronales para identificar patrones en los datos y crear modelos de datos capaces de hacer predicciones.

A diferencia del Machine Learning, el Deep Learning no requiere necesariamente un conjunto de datos etiquetados, ya que puede nutrirse de datos no estructurados en su forma original como texto o imágenes. Además, utiliza redes neuronales, que son

5 Códigos informáticos diseñados y escritos por seres humanos que ejecutan instrucciones para traducir datos en conclusiones, información o productos. Así se explica en el Informe presentado a la Asamblea de Naciones Unidas por el Relator Especial, David Kaye, sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, en fecha 29/08/2018.

6 Cfr. GRANDI, Nicolás Mario (2020): *¿Puede la Inteligencia Artificial ser un nuevo sujeto de derecho?*, pp. 54-61.

redes de algoritmos inspiradas en la estructura del cerebro humano, con capas ocultas entre los nodos de entrada y salida, lo que permite clasificar datos más complejos. El Deep Learning determina automáticamente la jerarquía de características que distinguen diferentes categorías de datos.

Dentro del Deep Learning, la IA generativa es un sistema que tiene la capacidad de aprender a generar nuevo contenido, como imágenes, música, videos y texto, a partir de ejemplos existentes. Por ejemplo, ChatGPT-3.

En definitiva, a pesar del tiempo transcurrido y de los esfuerzos, aun no se ha llegado a un consenso sobre una definición única y suficientemente abarcativa e integral de la IA. Por lo tanto, el primer reto es delimitar el concepto, del cual se desprendan sus características básicas (teniendo presente su complejidad, autonomía y opacidad, y su constante evolución y desarrollo), para contribuir a la seguridad jurídica y que las normas específicas que se dicten no queden obsoletas en el corto plazo.

III. El problema planteado

Ante la irrupción de nuevas hipótesis dañosas que surgen de la implementación de la tecnología, resulta necesario definir el régimen jurídico aplicable para determinar bajo qué presupuestos puede atribuirse responsabilidad civil cuando un sistema de IA causa un daño: mediante la adaptación de los regímenes de responsabilidad civil existentes o a través de la creación de un marco regulatorio específico.

IV. Diversas posturas y propuestas

Entre las posibles soluciones al planteo de este problema, hay autores que propugnan la adaptación de los regímenes de responsabilidad civil ya existentes, porque consideran que el derecho vigente ya contiene las herramientas suficientes para resolverlo. En cambio, otros entienden necesaria la creación de un régimen específico.

1. Aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos

Se ha planteado la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos que rige en la Unión Europea por Directivas del Consejo, aunque con ciertas adaptaciones.

A. El primer problema que se plantea es si la IA puede ser considerada un *producto*, principalmente cuando se trata de sistemas totalmente virtuales que no tienen un soporte físico. La mayor parte de la doctrina afirma que cabe su consideración como producto en virtud de que lo decisivo para ser considerado tal es la posibilidad de apropiación. Se propone que se amplíe la noción de producto y que se contemple de forma expresa a los productos puramente digitales.

B. El segundo problema gira en torno a la conceptualización de *defecto*. En la reglamentación europea, se considera que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, cuestión sumamente abstracta que se dificulta aún más ante la amplia gama de sistemas de IA de diversos niveles de riesgo.

C. Otra cuestión problemática a observar es la que plantean los *datos*, componente fundamental para el funcionamiento de los sistemas inteligentes. Podría ocurrir que el defecto que ocasiona el daño haya sido causado por datos incorrectos o incompletos.

La dificultad de su calificación como productos reside en que son difíciles de apropiar, ya que fluyen libremente por Internet y pueden reproducirse sin trabas, y además dificultan la imputación de responsabilidad cuando derivan de fuentes externas.

D. Las Directivas europeas regulan como *causas de exoneración de responsabilidad*: i) que el fabricante acredite que, teniendo en cuenta las circunstancias, es probable que el defecto que causó el daño no existiera al momento en que puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde; ii) que el fabricante acredite que al momento de haber puesto el producto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto (excepción de riesgos del desarrollo). Sin embargo, las características y posibles aptitudes de los sistemas de IA hacen que puedan ir actualizándose progresivamente, ya sea de forma controlada por el fabricante o desarrollador o de forma autónoma por parte del propio sistema, lo que dificulta la acreditación de tales supuestos.

En sentido similar, hay autores que proponen en Argentina la aplicación del art. 40 de la Ley 24.240 de defensa del consumidor, en una interpretación sistemática con el art. 5 de dicha ley y el art. 42 de la Constitución Nacional, con lógicas modificaciones y adaptaciones.

2. Fórmulas de responsabilidad civil subjetiva

Otras propuestas toman a la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de IA, bajo las siguientes tipologías⁷:

A. Culpas *in faciendo*: casos en que los daños estuvieran vinculados causalmente con la fabricación del robot (defectuosa construcción o ensamblaje físico), desde el punto de vista de la ingeniería tecnológica.

B. Culpas *in curando*: por no cumplir correctamente con los deberes de mantenimiento y cuidado del robot, culpa que sería atribuible a los propietarios poseedores del sistema inteligente.

C. Culpas *in codificando*: por la existencia de bugs o errores de código en la programación algorítmica de la IA, culpa que sería imputable a los programadores.

D. Culpa del propio robot: si bien se trata de una postura minoritaria, hay quienes entienden que los robots dotados de IA fuerte tienen personalidad y, por tanto, pueden ser civilmente imputables por los daños ocasionados, cuando no pueda verificarse culpa alguna en las actuaciones del fabricante, propietario y/o programador.

Existen autores que diferencian entre los supuestos en que hay certeza de que el sistema de IA actuará de forma imprevisible y quien lo puso en funcionamiento pudo conocer ex ante el riesgo del daño que podría causar escapando a su control (*conciencia de riesgo mínimo*), mientras que en otros casos no se sabe lo que puede pasar, pero tampoco puede asegurarse que no se producirán daños. Prohibir el uso de la IA con el fundamento de que no se ha descartado un riesgo de producción improbable chocaría con la decisión de distribuir los costes de los accidentes, propio del ámbito de la responsabilidad civil⁸.

7 Cfr. ERCILLA GARCÍA, Javier (2018): *Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots*, pp. 1-34.

8 Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2017): "La robótica ante el derecho penal: El vacío de respuesta jurídica a las

Debe tenerse en cuenta que las características propias de autonomía, impredecibilidad, complejidad y opacidad de los sistemas inteligentes dificultan la prueba de las negligencias aludidas. Como remedio a este inconveniente, se prevé el establecimiento de deberes de conducta, que previenen la producción de daños (función preventiva) y facilitan la imputación de responsabilidad una vez que ya se han producido (función resarcitoria).

3. Fórmulas que proponen la aplicación analógica de la responsabilidad civil por hecho ajeno

Algunas fórmulas proponen la aplicación analógica de la responsabilidad civil por hecho ajeno, considerando al sistema inteligente como una especie de agente o auxiliar que actúa para la persona que debe responder en definitiva por los daños que ocasione. La crítica recae en la circunstancia de que los sistemas de IA carecen de personalidad jurídica.

Sin perjuicio de ello, igualmente existen autores⁹ que consideran que la responsabilidad de quien se sirve de un sistema de IA constituye un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno aun cuando no se les atribuya personalidad jurídica.

4. Fórmulas de responsabilidad civil objetiva

Los sostenedores de las fórmulas de responsabilidad civil objetiva para regular estas cuestiones, tienen algunas posiciones que equiparan a los sistemas inteligentes con los animales o las cosas riesgosas aplicando su régimen con base en la teoría del riesgo, y otras que fundamentan el factor objetivo de atribución en la dificultad de probar la culpa de los sujetos llamados a responder.

En definitiva, el fundamento que brindan estas posturas para aplicar las reglas de la responsabilidad objetiva a los daños causados por sistemas inteligentes lo constituye la creación anormal de un riesgo de producción de daños a terceros, que se materializa en la propia autonomía del robot, y en la dificultad de acreditar la culpa.

5. Aplicación de un “sistema de gestión de riesgos” a la Inteligencia Artificial¹⁰

Otra corriente prefiere la aplicación de un “sistema de gestión de riesgos”, contraponiéndolo a la responsabilidad objetiva o mezclándolo con esta.

Como fundamento, sus sostenedores entienden que se evitaría el efecto pernicioso que lleva consigo instaurar modelos de responsabilidad objetiva, que podrían suponer un freno a la innovación tecnológica. Observan que, con arreglo a los sistemas de responsabilidad objetiva estricta, se indemnizaría un mayor número de daños que con base en los sistemas de gestión de riesgos, donde el pago de la indemnización va a depender del nivel de riesgo en el que se haya originado el daño. Una vez determinados los niveles de riesgo, los daños que deriven de un “riesgo aceptable” no originarían la obligación de resarcir mediante un sistema de control de riesgos, mientras que sí surgiría si se estableciera un régimen de responsabilidad puramente objetiva por el riesgo creado.

6. Regulaciones sectoriales de responsabilidad civil para algunos sistemas de Inteligencia Artificial

desviaciones incontroladas”, en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, N° 1, pp. 1-23.

⁹ Entre ellos, en el ámbito europeo, Núñez Zorrilla, Moteroso Casado, Díaz Díaz, Gómez-Riesco Tabernero de Paz. 10 ATIENZA NAVARRO, María Luisa (2022): *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, pp. 262-266.

El Parlamento Europeo, en su Propuesta de Reglamento del año 2020, pretendió crear un marco jurídico horizontal con principios comunes y reglas generales, en base a los cuales puedan dictarse regulaciones sectoriales y específicas para algunos sistemas de IA (como los vehículos autónomos, drones y robots médicos), en respeto a su heterogeneidad y por la disparidad de actividades en que se emplean.

7. XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (septiembre de 2024, Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina)

En Argentina no se cuenta aún con un marco regulatorio formal, pero la temática fue tratada en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil por la Comisión N° 3 de Derecho de Daños, donde se consideró necesaria una regulación específica, en base a conclusiones de *lege lata* y *lege ferenda* que se referencian a continuación.

Conclusiones de *lege ferenda*: la mayoría consideró necesaria una regulación en supuestos específicos de daños derivados de IA, cuyo marco regulatorio eleve los estándares de privacidad de los datos personales, procurando la robustez de los sistemas de IA estableciendo estándares de ciberseguridad. Además, entendieron que debe legislarse sobre la responsabilidad de las plataformas por la generación de información ilícita de parte de la IA y que es necesario reconocer el carácter global del fenómeno tecnológico a fin de coordinar la protección eficaz de los involucrados en su uso. Finalmente, coincidieron en que no resulta conveniente atribuir personalidad jurídica a los robots.

Conclusiones de *lege lata*: se impuso que la primacía de la persona humana debe ser un principio rector; que, en el Código Civil y Comercial de la Nación, los sistemas de IA, robots y algoritmos están comprendidos en el concepto de cosa y actividad (objetos de derecho), descartando su calificación jurídica como sujetos de derecho; entendieron aplicables a los daños provocados por IA las reglas de la causalidad adecuada; sostuvieron que el hecho del damnificado debe ser apreciado en forma prudente cuando los daños son causados por IA; que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede ser útil para la prueba de la causalidad; consideraron aplicables los factores de atribución objetivos de responsabilidad a los dueños o guardianes de vehículos autónomos; además, acordaron la posibilidad de aplicar las normas de la Ley de Defensa del Consumidor.

8. Postura de la Unión Europea

En 2017, se aprobó la Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones a la Comisión Europea sobre normas de Derecho civil sobre robótica. En 2020, se publicaron el Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial y el Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, y al Comité Económico y Social Europeo sobre seguridad y responsabilidad civil de la IA, el internet de las cosas y la robótica. Todo ello, sumado a la aprobación del Reglamento de IA cuyo texto se acordó a fines de 2023 y ha sido aprobado por el Parlamento Europeo en 2024.

Recientemente, se impulsaron dos propuestas relativas a la temática de la responsabilidad civil por los daños provocados por sistemas de IA:

- A. En 2020, la Resolución del Parlamento Europeo y del Consejo propuso la creación de un Reglamento que aborde la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de IA, basándose en un factor objetivo de atribución para los sistemas de IA de alto riesgo, y en un factor subjetivo para los que no sean considerados de alto riesgo.

- B. En 2022, se impulsaron dos propuestas:

a) Propuesta de Directiva sobre adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual por el uso de sistemas de IA. Su ámbito de aplicación son las demandas civiles en las que se promueven reclamos de indemnización por daños y perjuicios causados por un sistema de IA con base en la responsabilidad por culpa o negligencia.

Ante la dificultad de los accionantes para acreditar el acto antijurídico e identificar el causante del daño, introduce una "presunción de causalidad" que pretende facilitar la prueba del nexo causal entre el daño y el hecho culposo generado por la IA.

Propone que los tribunales estén facultados para ordenar a los proveedores o usuarios que exhiban las pruebas pertinentes que obran en su poder sobre un determinado sistema de IA de alto riesgo del que se sospeche que ha causado daños, cuya solicitud haya sido denegada y siempre que el demandante haya realizado todos los intentos para obtener del demandado las pruebas pertinentes. En apoyo de esta solicitud, el demandante potencial deberá presentar hechos y pruebas suficientes para sustentar la viabilidad de una demanda de indemnización por daños y perjuicios.

Cuando un demandado incumpla la orden de un órgano jurisdiccional de exhibir o conservar las pruebas que obran en su poder, se presumirá el incumplimiento de un deber de diligencia.

Los órganos jurisdiccionales presumirán el nexo causal entre la culpa del demandado y los resultados producidos por el sistema de IA o la no producción de resultados por parte del sistema de IA, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones.

En caso de demandas por daños y perjuicios contra proveedores de sistemas de IA de alto riesgo, solo se cumplirá cuando el demandante haya demostrado que el proveedor ha incumplido los criterios de calidad, requisitos de transparencia, exigencias de vigilancia, adecuados niveles de precisión, solidez y ciberseguridad exigidos, y las medidas correctoras necesarias para poner el sistema de IA en conformidad con las obligaciones establecidas.

En caso de demandas por daños y perjuicios contra usuarios de sistemas de IA de alto riesgo, se cumplirá cuando el demandante demuestre que el usuario: a) no cumplió con sus obligaciones de utilizar o supervisar el sistema de IA de conformidad con las instrucciones de uso adjuntas o, en su caso, de suspender o interrumpir su uso; b) expuso al sistema de IA a datos de entrada bajo su control que no eran pertinentes habida cuenta de la finalidad prevista del sistema.

En el caso de las demandas por daños y perjuicios relacionadas con sistemas de IA de alto riesgo, los órganos jurisdiccionales no aplicarán la presunción establecida cuando el demandado demuestre que el demandante puede acceder razonablemente a pruebas y conocimientos especializados suficientes para demostrar el nexo causal. En el caso de las demandas por daños y perjuicios relacionadas con sistemas de IA que no sean de alto riesgo, la presunción establecida solo se aplicará cuando el órgano jurisdiccional considere excesivamente difícil para el demandante demostrar el nexo causal.

En el caso de las demandas por daños y perjuicios contra un demandado que haya utilizado el sistema de IA en el transcurso de una actividad personal de carácter no profesional, la presunción establecida solo se aplicará cuando el demandado haya interferido sustancialmente en las condiciones de funcionamiento del sistema de IA o cuando el demandado tuviese la obligación y estuviese en condiciones de determinar las condiciones de funcionamiento del sistema de IA y no lo haya hecho.

En todos los casos la presunción es *iusuris tantum*.

b) Propuesta de una nueva Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Actualiza la normativa vigente desde 1985, introduciendo el software y sistemas de IA dentro de la definición de "producto". Los sujetos dañados no necesitarían demostrar la culpa del fabricante, sino sólo el defecto del producto.

Busca actualizar el régimen y aliviar la carga de la prueba en casos complejos, ampliando la gama de supuestos de responsabilidad extracontractual objetiva por riesgo creado.

Las dos iniciativas están estrechamente vinculadas y forman un solo paquete: la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos cubrirá la responsabilidad objetiva del productor por productos defectuosos, lo que da lugar a una indemnización por determinados tipos de daños, principalmente sufridos por particulares; mientras que la Directiva sobre responsabilidad extracontractual de la IA cubrirá principalmente la culpa de cualquier persona, con el fin de indemnizar por cualquier tipo de daño y a cualquier tipo de víctima.

Estas propuestas han sido lanzadas con el objetivo de que se encastran con las normas nacionales en materia de responsabilidad civil de cada Estado que ya se encuentran en vigencia, para evitar que se dicten regímenes de responsabilidad diferentes que aumenten la fragmentación y la inseguridad jurídica. Se trata de textos que aún se encuentran en proceso de negociación, que no rigen ni fueron aprobados.

V. Postura asumida

Entiendo que ninguna de las propuestas que pretenden enmarcar y regular las situaciones en que los diversos sistemas de IA pueden ocasionar daños es lo suficientemente adecuada para determinar quién es el autor, cómo debe responder y cuál es el camino para definir la imputación de responsabilidad civil, por las características específicas de la materia analizada.

Como solución alternativa, propongo que, ante una situación dañosa acreditada, se presuma el nexo causal¹¹ respecto de todos los que intervinieron en la cadena causal¹², operando una "presunción legal específica"¹³. Siendo solidariamente responsables¹⁴ en función de un factor objetivo de atribución¹⁵, y sólo liberándose quien demuestre que no participó en la producción del daño (causa ajena).

11 En cuanto a la autoría, no la extensión del resarcimiento.

12 Fabricante, programador, comercializador, usuario, propietario, entre otros.

13 Similar a las de los arts. 1760 y 1761 del Código Civil y Comercial de la Nación.

14 Sin perjuicio de las acciones de repetición que pudieran oponerse entre ellos.

15 Basado en el riesgo creado.

Considero que no puede aplicarse la “teoría de la causa adecuada”, porque se trata de nuevos supuestos, sin antecedentes, en los que no se conoce cuáles serían las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles. Por ello no sería posible formular el juicio de probabilidad para superar el nivel conjetural, ya que la probabilidad de que suceda un hecho debe tener en cuenta cuestiones estadísticas y criterios objetivos derivados de la experiencia común.

Resulta clave enfocarse en la faz preventiva, a través de la imposición de deberes, reglas y estándares de seguridad previos y más elevados para poner en circulación sistemas de IA, lo que exigiría una mayor diligencia de parte de los desarrolladores, comercializadores y usuarios de sistemas inteligentes. Con ello, no solo se lograría evitar daños, sino que también se facilitaría la identificación del sujeto responsable.

Hay que ser prudentes y efectuar un análisis económico del derecho, sin caer en posturas extremas, para impedir que se afecte de manera negativa la innovación tecnológica y, con ello, el desarrollo económico.

“El progreso científico y tecnológico compele al derecho de manera constante a diseñar regulaciones eficaces para gestionar riesgos, y evitar o mitigar daños (...). No se trata de propiciar un rechazo a priori de los avances tecnológicos y de sus posibles usos, (...) sino de conocer los riesgos implícitos a fin de actuar de manera preventiva”¹⁶.

Asimismo, es importante que, en los niveles de integración, los Estados adopten un enfoque global, dinámico, adaptativo, flexible, evolutivo e integrador, acordando marcos regulatorios generales que aporten principios o reglas comunes a los cuales deban adecuarse las legislaciones nacionales y a los cuales deban acudir los jueces para su aplicación al caso concreto. “(...) Los marcos regulatorios deben pensarse hoy más que nunca desde una política jurídica mundial (...)”¹⁷.

VI. Conclusión

Ante la irrupción de nuevas hipótesis dañosas que surgen de la implementación de la tecnología, resulta necesario definir el régimen jurídico aplicable para determinar bajo qué presupuestos puede atribuirse responsabilidad civil cuando un sistema de IA ocasiona un daño: mediante la adaptación de los regímenes de responsabilidad civil existentes o a través de la creación de un marco regulatorio específico.

Resulta muy dificultoso arribar a un concepto único y abarcador de “inteligencia artificial”, pero sería beneficioso que la legislación adopte una noción expresa (para brindar seguridad jurídica), amplia y flexible (para que los marcos regulatorios no queden desactualizados rápidamente), de la cual se desprendan sus características básicas.

Entre las posibles soluciones al planteo del problema, surgen diversas posturas y propuestas, pero, desde este punto de vista, se entiende que ninguna de ellas es lo suficientemente adecuada para regular la cuestión. Es menester crear una regulación específica que tenga en cuenta la constitucionalización del derecho privado, la protección de los derechos de las víctimas del daño y los efectos secundarios que pueden derivar de una regulación excesiva.

16 FRUSTAGLI, Sandra Analía (2021): *Op. Cit.*, p. 11.

17 FRUSTAGLI, Sandra Analía (2021): *Op. Cit.*, p. 11.

Dando respuesta a la pregunta fundamental de este ensayo, se puede concluir que la solución propuesta se podría resumir bajo los siguientes presupuestos para atribuir *responsabilidad civil por el uso de Inteligencia Artificial ante la producción de un daño*:

- El *daño* sería todo aquel que produzca un sistema inteligente.
- Para la *relación de causalidad* se propone una presunción legal específica, que debería incorporarse expresamente en el Código Civil y Comercial.
- Como *conducta antijurídica* se considerará la acción y/u omisión de los operadores del sistema de IA (solidariamente responsables), y no al sistema en sí mismo, que carece de personalidad jurídica.
- Operaría un *factor de atribución* objetivo de responsabilidad con base en la teoría del riesgo creado.

Referencias Bibliográficas

- ATIENZA NAVARRO, María Luisa (2022): *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Atelier, Barcelona.
- ERCILLA GARCÍA, Javier (2018): "Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots", en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, ISSN 1696-0351, N° 47.
- FERRER DE FERNÁNDEZ, Esther (2009): *La responsabilidad civil por productos elaborados y riesgo del desarrollo en el contexto del derecho del consumidor desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho*. Tesis de doctorado presentada en Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, defendida el 29/04/2009, dirigida por la Prof. Dra. Lidia Garrido Cordobera.
- FRUSTAGLI, Sandra Analía (2021): "Derecho del consumidor frente a los desafíos del uso de la inteligencia artificial (IA) en las relaciones de consumo", en *La Ley*. SJA 14/07/2021, 19 – RCCyC, diciembre, 5, TR LALEY AR/DOC/1670/2021.
- GRANDI, Nicolás Mario (2020): "¿Puede la Inteligencia Artificial ser un nuevo sujeto de derecho?", en *Simposio Argentino de informática y Derecho*, 49 JAIIO, pp. 54-61.
- MUÑOZ VELA, José Manuel (2021): *Derecho de la Inteligencia Artificial. Un enfoque global de responsabilidad desde la ética, la seguridad y las nuevas propuestas reguladoras europeas*, Tesis de doctorado presentada en Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Civil, Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología, octubre de 2021, [consultado: 14/6/2023] Disponible en el RODERIC (Repositori d'Objectes Digitals per a l'Ensenyament la Recerca i la Cultura - Universitat de València): <<https://roderic.uv.es/handle/10550/81318>>.
- OGAS, Lourdes María Soledad (2022): "Interdisciplina, principios y valores jurídicos: Derechos humanos y la regulación de la inteligencia artificial", en *Semanario Jurídico*, N° 2383, p. 985.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, Bruselas, 28/09/2022.
- ROMERO BOUE, Henoah (2024): "Responsabilidad civil en el uso de la inteligencia artificial", en *Diálogos y Voces Judiciales*, Vol. 2, N° 2, pp. 20-33.

La función judicial en tiempos de inteligencia artificial: justicia en transición

The judicial function in times of artificial intelligence: justice in transition

Martin Alfredo Botassi¹

RESUMEN:

El artículo analiza la profunda transformación del sistema judicial argentino ante la incorporación progresiva de tecnologías digitales e inteligencia artificial (IA). Describe la evolución en tres etapas: la digitalización inicial del expediente electrónico, la aceleración tecnológica durante la pandemia y la actual incorporación de IA y automatización avanzada. Examina experiencias locales como Prometea, el Bus Federal de Justicia y MIA, y plantea los desafíos éticos, jurídicos y regulatorios derivados de la adopción de sistemas algorítmicos en la justicia. Se sostiene que la IA debe servir como herramienta auxiliar y no como sustituto del juez, quien conserva la responsabilidad plena por sus decisiones. Finalmente, propone un modelo de “justicia híbrida, humana y explicable”, donde la tecnología potencie la eficiencia sin comprometer los principios de imparcialidad, debido proceso y tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

The article analyzes the profound transformation of the Argentine judicial system following the progressive incorporation of digital technologies and artificial intelligence (AI). It describes this evolution in three stages: the initial digitalization of electronic case files, the technological acceleration during the pandemic, and the current incorporation of AI and advanced automation. It examines local initiatives such as Prometea, the Federal Justice Hub, and MIA, and discusses the ethical, legal, and regulatory challenges arising from the adoption of algorithmic systems in the justice sector. The paper argues that AI should serve as an auxiliary tool rather than a substitute for the judge, who retains full responsibility for judicial decisions. Finally, it proposes a model of “hybrid, human, and explainable justice”, where technology enhances efficiency without compromising the principles of impartiality, due process, and effective judicial protection.

¹ Juez en lo Civil y Comercial de Avellaneda Lanús, martinbotassi@gmail.com; ORCID ID: 0009-0002-2229-8111.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial - Digitalización judicial - Transformación tecnológica - Responsabilidad del juez - Justicia híbrida.

KEYWORDS: Artificial Intelligence - Judicial Digitalization - Technological Transformation - Judicial Responsibility - Hybrid Justice.

I. Introducción

Desde hace años, la tecnología –y especialmente la informática-, ha sido incorporada progresivamente al servicio de justicia como una herramienta para optimizar la labor jurisdiccional. Su aplicación ha permitido aliviar en parte la carga operativa de funcionarios y auxiliares, al tiempo que ha contribuido a una mayor agilidad en la tramitación de los procesos.

En las últimas dos décadas, pero con especial intensidad a partir de la pandemia de COVID-19, el sistema de administración de justicia ha sido objeto de un proceso de modernización tecnológica sin precedentes. Aunque este proceso ha avanzado de manera desigual según las jurisdicciones, hoy es posible afirmar que el ecosistema judicial ha dejado de ser enteramente analógico para integrarse, en mayor o menor medida, en el paradigma digital. Este viraje responde no sólo a la necesidad de hacer más eficiente el trabajo judicial, sino también a garantizar el acceso efectivo a la justicia en contextos de creciente litigiosidad, dispersión territorial y limitaciones presupuestarias.

Estamos transitando una transformación digital sostenida que, lejos de ser un salto abrupto, combina innovación tecnológica, rediseño organizacional y adecuaciones normativas. Desde la base jurídica del expediente y la firma digital hasta la masificación de audiencias remotas durante la pandemia, automatización e IA generativa, el ecosistema judicial pasó de informatizar tareas aisladas a operar sobre circuitos digitales integrales y servicios orientados al usuario. Este artículo propone un recorrido por la evolución reciente del sistema judicial, desde sus primeras etapas de digitalización, pasando por la aceleración impuesta por la pandemia, hasta la incorporación actual de herramientas de inteligencia artificial. Lejos de alterar la esencia del rol jurisdiccional, estas transformaciones abren la oportunidad de repensar el servicio de justicia con foco en el acceso, la celeridad y la transparencia. La premisa es clara, la tecnología debe ser un instrumento al servicio del ciudadano, pero su implementación requiere una gestión responsable que preserve la centralidad del juez, así como los pilares fundamentales del proceso, como son independencia, imparcialidad, motivación y debido proceso.

II.- Los avances tecnológicos en la justicia.

La digitalización del sistema judicial argentino ha sido, más que un giro repentino, una evolución progresiva marcada por la interacción entre avances tecnológicos, transformaciones organizativas y adecuaciones normativas. Lejos de desplegarse en un escenario ideal, este proceso enfrentó y enfrenta múltiples desafíos: limitaciones presupuestarias, resistencias culturales y la constante necesidad de compatibilizar la innovación con las garantías del debido proceso. Aun así, bajo el objetivo rector de consolidar una justicia más accesible, eficiente y transparente, las tecnologías fueron ganando terreno. Herramientas que alguna vez fueron complementarias -como la firma digital, la interoperabilidad o el expediente electrónico- se integraron como componentes estructurales del quehacer judicial, sostenidas por marcos legales

generales y regulaciones específicas que guiaron su implementación.

Este derrotero, puede leerse como una progresiva densificación del “circuito digital” del expediente: primero, informatizando insumos y tareas aisladas; luego, articulando flujos completos de trabajo y comunicaciones. Por último, integrando capas de analítica, automatización y servicios digitales orientados al usuario, como domicilios electrónicos, audiencias remotas, tableros de gestión, tramitación sin papel, entre otros.

Como dijimos, la automatización del sistema judicial argentino ha seguido una evolución gradual -pero constante-, que puede dividirse en tres etapas principales:

- Una primera etapa cuyo punto de partida podría ser el año 2011 con la sanción de la Ley 26.685, que autorizó el uso de expedientes, documentos, firmas, comunicaciones y domicilios electrónicos en todos los procesos judiciales y administrativos. Este marco legal constituyó la base jurídica fundamental para la posterior digitalización del sistema.

En 2012 se introdujo el Sistema Informático de Gestión Judicial, aunque rápidamente quedó desactualizado. El avance más significativo ocurrió en 2016, cuando la Corte Suprema de Justicia adoptó la firma digital en su Secretaría General de Administración, estableciendo un precedente crucial para todo el Poder Judicial.

- Una segunda etapa acelerada por efecto de la pandemia de COVID desde el año 2020 al 2022.

En efecto, la pandemia de COVID-19 actuó como catalizador decisivo en el proceso de digitalización. Las restricciones sanitarias obligaron a los tribunales a implementar herramientas digitales que antes eran opcionales, transformando radicalmente los procesos y flujos de trabajo judicial. Durante este período se masificó el uso de audiencias virtuales, con el 85% de los casos adoptando esta modalidad, y se aceleró la implementación del expediente electrónico en múltiples jurisdicciones.

- Una tercera etapa está designada por la inteligencia artificial y automatización avanzada (2023-2025). La etapa actual se caracteriza por la incorporación gradual de inteligencia artificial generativa y sistemas de automatización avanzados. El Programa Nacional Integral de Inteligencia Artificial en la Justicia, lanzado en 2024, representa el esfuerzo más ambicioso hasta la fecha en Argentina. En el cual el Ministerio de Justicia bajo la coordinación del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ), lanzó este programa piloto involucrando a más de 4.500 funcionarios judiciales de todo el país. Los resultados preliminares demostraron: 77% de mejora en tareas complejas; 38% de aumento en el rendimiento para labores de mediana dificultad; 28% de mejora para tareas de baja complejidad.

Puede mencionarse también el programa “Prometea” desarrollado en 2017 por el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Universidad de Buenos Aires en conjunto con el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, Prometea se ha convertido en el sistema de IA judicial más novedoso del país. Cuyos logros involucran un 96% de tasa de acierto en predicciones judiciales; reducción de tiempo de resolución de noventa minutos a un minuto (99% de mejora); capacidad de predecir la solución de un

caso en menos de veinte segundos; y una experiencia exitosa en la provincia del Chaco con reducción de un mes a tres días en procesos ejecutivos.

Otro proyecto a destacar es el Bus Federal de Justicia que consiste en una plataforma de interoperabilidad digital permite el intercambio seguro de documentos electrónicos entre los diferentes Poderes Judiciales del país. Desarrollada por JuFejus (Junta Federal de Cortes) con apoyo del Ministerio de Justicia, actualmente conecta diecisiete jurisdicciones provinciales y ha procesado más de 35.000 documentos digitales.

El motor de Inteligencia Artificial (MIA) por su parte, implementado por la Ciudad de Buenos Aires desde fines de 2023 en el fuero Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires, funciona como asistente virtual que genera borradores automáticos para procesos judiciales masivos.²

Como puede verse, uno de los pilares de esta transformación es el expediente judicial electrónico, que ha sustituido progresivamente al expediente en papel en múltiples países con tradición de procesos escritos. Sistemas como *LexNET* en España que ha reportado ventajas en la práctica profesional diaria, como son el incremento de la eficacia y eficiencia de las sucesivas actuaciones, el favorecimiento de la seguridad en el tráfico jurídico, la mejora de la agilidad a la hora de despachar los procedimientos, y la reducción de los costes.³

Asimismo, *Lex100* y expediente judicial electrónico (EJE) provinciales en Argentina, permiten la tramitación integral de causas judiciales de forma digital. Esta digitalización implicó que las presentaciones de las partes, las providencias, las sentencias y hasta los oficios a otras instituciones circulen electrónicamente, con firma digital incorporada. El juez, en este nuevo entorno, ya no trabaja rodeado de vertiginosas montañas de expedientes, sino que interactúa con plataformas informáticas que centralizan y ordenan la información procesal.

De la mano de esta digitalización estructural, se ha generalizado el uso de sistemas de notificaciones electrónicas que reemplazan a las cédulas físicas. Esto no sólo ha reducido plazos y costos, sino que ha generado nuevos desafíos en términos de control de plazos procesales, validez formal de los actos y acceso equitativo por parte de usuarios no familiarizados con los entornos digitales. Asimismo, los sistemas de firma digital⁴ judicial -basados en una certificación institucional -, garantizan la autenticidad, integridad y autoría de las resoluciones, preservando las garantías propias del acto jurisdiccional.

La posibilidad de presentar escritos de manera asincrónica, notificar en forma automática y validar actuaciones con plena seguridad jurídica, sumado a la revolución de la IA, desafía a los proyectos de oralidad en el proceso civil y comercial en procura de celeridad o transparencia. En algunos casos, la exigencia de audiencias presenciales puede generar rigideces logísticas y dificultades operativas, especialmente cuando existen recursos tecnológicos capaces de garantizar contradicción, trazabilidad y acceso

2 Recientemente el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Guía de Recomendaciones y Directrices para el Uso de Sistemas de Inteligencia Artificial (IA) en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", res. presidencia 206/2025, Anexo I, 2025.

3 Bueno de Mata, Federico, "Últimos avances de la justicia digital y los programas de gestión y tramitación procesal informatizados en España", en Justicia Digital, Editorial Justicia y Proceso, año 2020, pág. 505.

4 Botassi, Martín A., "Firma electrónica: Aproximación al proceso ejecutivo", DJ La Ley 18/11/2022, pág. 1.

efectivo sin comprometer garantías. La adopción de nuevas dinámicas debe responder a necesidades concretas del proceso y no limitarse a replicar esquemas tradicionales que pierden sentido en un entorno virtual.

Por otro lado, la virtualización de audiencias mediante plataformas de videoconferencia representa quizás el cambio más visible y disruptivo en la práctica forense. Lo que comenzó como una medida de emergencia sanitaria se ha institucionalizado como una herramienta eficaz para tomar declaraciones, celebrar vistas o incluso realizar juicios completos a distancia. Este recurso ha acercado la población a la justicia, en zonas alejadas o también en las ciudades.

El desarrollo de herramientas estadísticas y de análisis de datos también ha transformado la gestión interna del poder judicial. Los sistemas de control de estadísticas permiten monitorear en tiempo real indicadores como el ingreso y egreso de causas, los plazos promedio de resolución o la carga de trabajo por órgano. Aunque estas herramientas no intervienen directamente en la toma de decisiones jurisdiccionales, sí impactan en la organización del trabajo judicial y, en algunos casos, en las evaluaciones de desempeño de jueces y tribunales.

Por otro lado, algunas jurisdicciones han adoptado el trabajo mixto, constituido por el trabajo presencial y remoto *-home office-*, que ha dado buenos resultados en términos generales observándose un aumento de la productividad en determinados fueros o sectores judiciales.

III.- La IA como un vector de transformación.

1. En los últimos años han comenzado a desplegarse herramientas de inteligencia artificial que, aunque aún en etapa experimental o de implementación parcial, prefiguran un escenario de transformación muy profundo. En España, proyectos como DataJust exploran la aplicación de técnicas de procesamiento de lenguaje natural para identificar patrones indemnizatorios y promover mayor coherencia jurisprudencial.

La inteligencia artificial está provocando una verdadera revolución silenciosa en el ámbito jurídico, transformando paulatinamente pero a paso firme, la manera en que se administra justicia y se toman decisiones legales en el mundo. Esta disrupción tecnológica se manifiesta principalmente a través de dos elementos clave: la justicia predictiva y el *machine learning* aplicado al derecho, que están redefiniendo los fundamentos tradicionales del sistema judicial.

La justicia predictiva representa uno de los avances más significativos en la intersección entre tecnología y derecho. Se fundamenta en el uso de algoritmos e inteligencia artificial para predecir resultados jurídicos mediante el análisis de grandes volúmenes de datos procedentes de resoluciones judiciales anteriores. Estos sistemas analizan precedentes, sentencias pasadas y lenguaje jurídico para ofrecer "predicciones legales" basadas en patrones detectados. En países como Estados Unidos, Estonia y China, se utilizan algoritmos entrenados con millones de datos judiciales para prever el resultado probable de un caso. Por ejemplo, un algoritmo puede indicar que un caso similar tuvo un 80% de probabilidad de perderse por falta de pruebas relevantes.

Los sistemas de justicia predictiva se basan en tres pilares fundamentales: a) Algoritmos de aprendizaje supervisado: Entrenados con decisiones judiciales anteriores para identificar patrones recurrentes en la toma de decisiones judiciales; b) Procesamiento del lenguaje natural (PLN): Permite analizar y comprender documentos legales redactados en lenguaje natural, extrayendo información relevante de textos jurídicos complejos; c) Análisis estadístico avanzado: Ofrece probabilidades basadas en la frecuencia histórica de determinados resultados judiciales, proporcionando métricas cuantificables de predicción.

Tiene aplicación práctica en diversos sistemas jurídicos a nivel mundial. En el contexto latinoamericano, Argentina ha desarrollado el sistema “Prometea”, implementado por el Ministerio Público Fiscal de Buenos Aires, que ha demostrado eficacia notable al reducir casos que normalmente tomarían hasta tres meses a menos de una semana de resolución.

2. Por otro lado, el machine learning está transformando múltiples aspectos del mundo jurídico, generando disrupciones significativas en los procesos tradicionales:

Análisis automatizado de contratos: La IA puede analizar contratos y documentos legales de manera rápida y precisa, identificando cláusulas clave, condiciones y términos específicos, alertando sobre posibles riesgos o inconsistencias.

Predicción de resultados legales: Mediante el análisis de datos históricos y patrones legales, puede predecir los resultados probables de casos legales, ayudando a los operadores jurídicos a evaluar las posibilidades de éxito antes de iniciar procedimientos. Automatización documental inteligente: Genera automáticamente documentos legales estándar a partir de plantillas y datos proporcionados, ahorrando tiempo significativo en la creación y revisión de documentación repetitiva.

En España, el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) ha desarrollado aplicaciones pioneras basadas en *machine learning*, utilizando su Fondo Documental de ocho millones de resoluciones judiciales. Estas herramientas permiten: La seudonimización automática de documentos judiciales; La clasificación automática con vínculos inteligentes a legislación y jurisprudencia relevante; La optimización de búsquedas jurisprudenciales mediante algoritmos de relevancia.

3. El Big Data legal está revolucionando el sector jurídico al permitir el análisis de volúmenes masivos de datos para optimizar procesos, mejorar la toma de decisiones y personalizar servicios legales. Los beneficios transformadores incluyen: Automatización de tareas repetitivas: Reduciendo significativamente el tiempo invertido en procesos que tradicionalmente requerían largas horas de trabajo manual especializado; Mejora sustancial en la toma de decisiones: El análisis predictivo permite prever resultados de litigios basándose en jurisprudencias y patrones previos, proporcionando ventajas estratégicas considerables; Reducción de costes operativos La implementación de estas tecnologías contribuye directamente a la optimización de recursos y un mejor retorno de inversión para despachos e instituciones jurídicas.

Las herramientas basadas en Big Data permiten clasificar, organizar y acceder a documentos legales de forma automática y en tiempo real Contratos, resoluciones

y expedientes judiciales pueden procesarse en minutos, eliminando la necesidad de revisión manual que anteriormente requería semanas de trabajo especializado.

4. Ahora, es cierto que la implementación de inteligencia artificial en la justicia plantea desafíos éticos de considerable magnitud. El uso de algoritmos en la toma de decisiones puede generar problemas éticos y legales significativos si se fundamentan en prejuicios históricos o datos sesgados.

Además, la responsabilidad legal por errores cometidos por sistemas de inteligencia artificial permanece en una zona gris jurídica, planteando interrogantes fundamentales sobre quién debe responder cuando un algoritmo produce resultados incorrectos o injustos.

Lógicamente un sistema de IA no es sujeto de derecho ni puede tener "culpa" legal. Como señala la doctrina, un algoritmo carece de autodeterminación y voluntad, por lo que no se le pueden atribuir responsabilidades propias; la decisión final recae siempre en una persona humana, que en última instancia debe asumir la responsabilidad. En teoría, esto implica que el desarrollador, operador o usuario de la IA debería responder. Sin embargo, en la práctica surgen vacíos legales, esto es que: a menudo es casi imposible probar la culpa o negligencia de un humano específico debido a la opacidad técnica de la IA y a su capacidad de aprender de forma autónoma. La dificultad probatoria de la falla humana en daños causados por IA ha llevado a muchos expertos a proponer esquemas de responsabilidad objetiva (sin necesidad de probar culpa) para estos casos.

La irrupción de la IA generativa replantea la pregunta sobre "quién es autor" y tensiona un derecho de autor construido en torno a la persona humana. La jurisprudencia reciente en EE. UU. marcó un rumbo. En *Thaler v. Perlmutter*⁵ se negó protección sin autor humano, y en el caso *Kashtanova*⁶ se admitió proteger el aporte creativo (guion, composición) pero no las imágenes generadas sin control humano suficiente. De allí emerge un criterio práctico, el umbral de intervención creativa del humano como llave de acceso a la tutela. El debate se complejiza con agentes autónomos que operan en entornos persistentes (metaversos, plataformas con bots con memoria y objetivos), capaces de producir contenido sin supervisión inmediata. Ello fuerza a repensar figuras de autoría delegada, titularidad, intención y responsabilidad.

Es, en la práctica, imposible determinar si un texto fue escrito por IA, los modelos no dejan una "huella" forense estable, los detectores disponibles arrojan altas tasas de falsos positivos y falsos negativos (especialmente en textos breves, traducidos o editados), y cualquier salida puede evadirse con parafraseo, resúmenes, reordenamientos o simples correcciones humanas. Los intentos de "marcado" o watermarking no son universales, se pierden con la edición y no alcanzan a modelos abiertos ni a combinaciones de IA más humano. La estilometría tampoco es concluyente, el estilo varía por tema, registro y autor, y puede ser imitado. Por ello, en ámbitos académicos, profesionales y judiciales, la verificación razonable no pasa por oráculos técnicos sino por evidencias de proceso (borradores, historial de edición, notas, fuentes, entrevistas u orales) y por criterios sustantivos (coherencia, citas trazables, comprensión del autor). En clave jurídica,

5 Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia, 18/03/2025, "Thaler v. Perlmutter", <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/5650>.

6 United States Copyright Office, 21/02/2023, www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf.

sostener sanciones o imputaciones solo con “detectores de IA” no supera estándares de debido proceso y carga de la prueba, a lo sumo son indicios débiles, nunca prueba plena.

Actualmente, no existe en Argentina una ley específica que establezca un régimen de responsabilidad civil para daños por IA. Ante la falta de normas claras, se aplican por analogía las reglas generales. Por ejemplo, si la IA está incorporada en un producto, podría invocarse la responsabilidad por producto defectuoso (riesgo creado del fabricante) o la responsabilidad del usuario o propietario por las cosas bajo su guarda, según el Código Civil y Comercial. No obstante, estos encajes resultan insuficientes frente a tecnologías cuya conducta puede ser autónoma e imprevisible. Un ejemplo hipotético es un vehículo autónomo: ¿responderá el fabricante, el proveedor del software, el dueño del auto, o ninguno si el algoritmo actuó de forma no prevista? Este vacío genera incertidumbre jurídica.

Bajo la perspectiva administrativa y regulatoria, el uso de IA plantea dos grandes cuestiones: por un lado, la responsabilidad del Estado (y de los funcionarios) cuando la Administración Pública emplea sistemas de IA que puedan causar daños o afectar derechos; por otro lado, la necesidad de un marco regulatorio y de supervisión que controle la implementación de IA en la sociedad (p. ej., autorizaciones, auditorías, sanciones administrativas por usos ilícitos). En Argentina, ambos aspectos presentan vacíos o desarrollos incipientes.

No existe aún una autoridad regulatoria específica en IA ni una ley general que obligue a evaluar y certificar los sistemas de IA antes de su uso. Algunas agencias cumplen roles parciales: la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP) vigila el tratamiento de datos personales (lo que alcanza a IA que manejan datos sensibles), y podría intervenir si un algoritmo estatal vulnera la Ley de Protección de Datos. Sin embargo, fuera del ámbito de datos personales, no hay organismo dedicado a fiscalizar algoritmos por sesgos, seguridad o transparencia. Esto ha llevado a que tecnologías de IA se implementen en el sector público sin un control suficiente, con riesgos para los ciudadanos.

Un caso paradigmático ocurrió en la Ciudad de Buenos Aires con el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos (SRFP), una herramienta de IA utilizada para identificar personas mediante cámaras de seguridad. En 2022, la justicia porteña ordenó suspender dicho sistema al descubrir graves falencias: se había puesto en marcha sin contar con los organismos de control ni las auditorías que la normativa local exigía, contraviniendo el principio de legalidad administrativa.⁷ El juez de la causa señaló que el gobierno porteño no había constituido la comisión de seguimiento prevista en la ley, ni habilitado la supervisión por la Defensoría del Pueblo, ni evaluado el impacto en la privacidad, entre otras omisiones. Este episodio evidenció un vacío práctico en la responsabilidad del Estado. Ante la falta de regulación específica sobre IA, se debió recurrir a principios generales (legalidad, derechos constitucionales) para frenar un uso potencialmente abusivo de la tecnología. En términos de responsabilidad patrimonial del Estado, si una decisión automatizada de un organismo público causara un daño injusto a un particular (v.g. un algoritmo que deniegue erróneamente una prestación social), el afectado podría reclamar una indemnización con base en la responsabilidad extracontractual del Estado.

7 Juz. de 1ra inst. Cont. Adm. y Trib. n° 2 de CABA, “Observatorio de derecho informático argentino o.d.i.a. sobre otros procesos incidentales - amparo - otros”, Número: INC 182908/2020-3.

Pero hasta ahora no hay precedentes conocidos de indemnizaciones por decisiones algorítmicas; probablemente se aplicaría la doctrina general de falta de servicio o función administrativa irregular, quedando a criterio judicial cómo valorar la actuación de la IA dentro de la Administración.

A nivel internacional, y especialmente en la Unión Europea (UE), el tema de la responsabilidad por IA ha estado en el centro del debate legislativo en los últimos años. La UE ha optado por un enfoque proactivo y amplio: en 2023-2024 avanzó en la adopción de la Ley de Inteligencia Artificial (AI Act), primer marco regulatorio integral sobre IA en el mundo. Este reglamento -aún en proceso final de aprobación-, establece un modelo basado en niveles de riesgo: prohíbe ciertos usos de IA considerados inaceptables por violar derechos fundamentales, regula estrictamente los sistemas de alto riesgo (ej. algoritmos en ámbitos de salud, transporte, empleo, crédito, seguridad pública) imponiendo obligaciones de conformidad, evaluación, transparencia y supervisión, y exige medidas de transparencia incluso para IA de riesgo limitado como los *chatbots* o generadores de contenidos sintéticos. Por ejemplo, la AI Act europea prohibirá aplicaciones de IA peligrosas -como la vigilancia biométrica masiva o sistemas de puntuación social al estilo "social scoring"-, y requerirá que contenidos *deepfake* estén claramente identificados como sintéticos. Este enfoque es principalmente preventivo y regulatorio, más que penal: busca garantizar desde el diseño y despliegue de la IA la protección de derechos, antes de que ocurran daños.

En materia de responsabilidad civil, la discusión en la UE ha sido intensa. La Comisión Europea propuso en 2022 una Directiva de Responsabilidad Civil por IA para armonizar cómo los afectados pueden reclamar daños causados por sistemas de IA, buscando equiparar su nivel de protección al que tendrían si el daño no involucrara IA. Entre otras cosas, esa propuesta planteaba medidas como facilitar la carga de la prueba a las víctimas (presumiendo la culpa del operador de IA en ciertos casos) y obligar a los desarrolladores a cooperar brindando información técnica en juicio. No obstante, en agosto de 2025 la Comisión Europea retiró dicha propuesta de directiva, por falta de consenso político y temores de una implementación desigual. Esto significa que, por ahora, la responsabilidad por daños de IA en Europa se sigue rigiendo por las normas generales de cada país y por la Directiva de productos defectuosos (que está siendo actualizada para cubrir software y IA). Aun así, varios principios de la propuesta quedan como referencia: por ejemplo, la idea de invertir la carga de la prueba en favor de la víctima o de adoptar un régimen objetivo para ciertos usos de alto riesgo. Algunos Estados miembros podrían legislar internamente en esa línea.

5. Los elementos disruptivos de la inteligencia artificial en el sistema jurídico, particularmente la justicia predictiva y el *machine learning*, representan una transformación fundamental en la administración de justicia contemporánea. Mientras estas tecnologías ofrecen promesas sustanciales de mayor eficiencia operacional, objetividad en la toma de decisiones y democratización del acceso a la justicia, también plantean desafíos críticos relacionados con sesgos algorítmicos, transparencia procedimental y protección de derechos fundamentales.

La clave del éxito en esta transición tecnológica radica en encontrar el equilibrio óptimo entre aprovechar las capacidades transformadoras de estas tecnologías emergentes y mantener los principios fundamentales de justicia, equidad y debido proceso que constituyen los pilares del Estado de Derecho.

No hay dudas que una tecnología tan disruptiva debe tener su correlato en la legislación local. Sin embargo, no vemos positivo una regulación preventiva como solución a problemas hipotéticos o futuros.

Efectivamente, la inteligencia artificial requiere reglas claras, pero sin caer en excesos que frenen su potencial. La clave es una regulación proporcionada al riesgo: cuanto mayor sea el impacto en derechos o seguridad, más exigentes deben ser las garantías. Conviene privilegiar principios agnósticos de tecnología -confiabilidad, privacidad y seguridad por diseño, no discriminación, supervisión humana significativa, trazabilidad y derecho a explicación acorde al contexto-, antes que catálogos cerrados que envejecen rápido. Esos principios se traducen en instrumentos operativos verificables: evaluaciones de impacto (de datos y algorítmica) cuando corresponda, registros de sistemas de alto impacto, auditorías independientes y periódicas de sesgos, y vías de reclamo con revisión humana efectiva. Así se logra un razonable equilibrio de certeza jurídica, espacio real para innovar, y un Estado que regula con precisión, sin desaprovechar una tecnología que puede mejorar acceso, calidad y productividad.

En ese sentido deben tenerse en cuenta que los marcos vigentes -datos personales, responsabilidad civil, defensa del consumidor- son aplicables en conflictos que involucren a ésta tecnología, evitando la sobrerregulación que encarece e inhibe la innovación. Es importante comprender antes que temer, aplicar controles proporcionales y usar herramientas como evaluaciones de impacto y gobernanza de datos sin crear un régimen ad hoc que pronto quedaría obsoleto.

En una línea semejante, se propone una regulación microsistémica -como ocurre en otros ámbitos del derecho y, particularmente, de la responsabilidad civil- que, sobre la base del sistema general del Código Civil y Comercial, contemple las soluciones especiales y diferenciadas que requieren los sistemas complejos, atendiendo a "la primacía de la persona humana que constituye el principio rector en materia de IA".⁸

Solo a través de una implementación cuidadosa, éticamente orientada y sujeta a supervisión rigurosa, estos elementos disruptivos podrán cumplir su potencial transformador de revolucionar positivamente el sistema jurídico, sin comprometer los valores fundamentales que definen una administración de justicia verdaderamente equitativa y democrática.

El avance hacia una justicia digital no puede sostenerse sin un diálogo sostenido y colaborativo entre expertos en tecnología, operadores jurídicos, organismos reguladores y la ciudadanía. Solo así se garantizará que la transformación impulsada por la inteligencia artificial esté al servicio del interés público, fortaleciendo los principios fundamentales del Estado de Derecho.

IV.- El control del juez sobre el recurso tecnológico

1. Este conjunto de recursos tecnológicos que hemos venido describiendo configuran un nuevo entorno que redefine la práctica judicial. En este escenario, el juez ya no actúa de forma aislada ni exclusivamente manual, sino en interacción constante con

⁸ Galdós, Jorge M., Valicenti, Ezequiel, "Responsabilidad civil derivada de la inteligencia artificial y los sistemas inteligentes", LA LEY 18/02/2025, I, LA LEY 2025-A, 360.

sistemas informáticos que procesan, almacenan y presentan la información jurídica. La pregunta que se impone, entonces, no es sólo cómo aprovechar estas herramientas para optimizar la administración de justicia, sino también cómo preservar -en medio de esta transformación- los valores esenciales del rol judicial: independencia, imparcialidad, razonabilidad y motivación suficiente de sus decisiones.

Uno de los pilares que entendemos debiera erguirse es el concepto del control del hombre siempre sobre la máquina y nunca al revés. Por supuesto que esta premisa puede ser contrastada por quienes argumentan que al usar la IA el operador necesariamente va a estar influenciado por ella y lo que esta “proponga”. Pues el juez debe tener el suficiente espíritu crítico y pensamiento analítico para detectar cualquier interferencia perjudicial para su labor. Por ello, el concepto de control es bien profundo, en la medida que implica articulación de órdenes *-prompts-*, dirigidas a obtener un resultado determinado, un horizonte trazado por el operador y no por la máquina.

Como venimos sosteniendo, el auge de los sistemas de inteligencia artificial en la administración de justicia ha traído consigo, una promesa de eficiencia, coherencia jurisprudencial y rapidez en la toma de decisiones. Sin embargo, esta evolución también plantea un riesgo menos visible pero fundamental: que el juez, en lugar de servirse de los algoritmos como herramientas auxiliares, termine subordinando su razonamiento a sus resultados, convirtiendo la función jurisdiccional en una labor meramente validatoria de lo que propone una máquina.

La tendencia emergente no apunta hacia la sustitución completa de los operadores jurídicos humanos, sino hacia el desarrollo de una justicia híbrida donde la inteligencia artificial complementa y potencia el razonamiento humano. La evidencia más sólida sugiere que la IA reconfigura tareas más que eliminar ocupaciones completas. Eso abre una ventana de oportunidad si empresas y Estado orientan la adopción hacia la complementariedad. En términos prácticos, esto supone rediseñar procesos para que la IA haga lo que mejor hace -búsqueda, clasificación, resumen, detección de patrones- y que las personas concentren tiempo en juicio experto, trato con usuarios, creatividad, resolución de problemas atípicos y control de calidad.

La sustitución, o más precisamente, la coparticipación del trabajo humano por IA, tensiona cuatro pilares: el deber de confidencialidad, el estándar profesional de diligencia, la autoría y la autenticidad de lo que se presenta ante tribunales, y los límites del ejercicio profesional. Ninguno es teórico, ya hay incidentes y reglas aplicables en Argentina.

Recientemente la Cámara en lo Penal de Chubut de la circunscripción Esquel, consideró que debía investigarse y determinarse el alcance de las graves consecuencias producidas por el uso incorrecto uso de la IA por el magistrado de grado, luego de que éste incluyera en su decisorio párrafos generados por esta herramienta, sin indicar de qué modo la utilizó, ni que sistema aplicó, afectando la fundamentación del decisorio; y concretamente, incumpliendo el Acuerdo Plenario N 5435/25 del Superior Tribunal provincial para el uso de la IA generativa. La falta de fundamentación y la imposibilidad de la delegación de las decisiones jurisdiccionales son algunos de los fundamentos de la sentencia que declara nulo el pronunciamiento de la primera instancia.⁹

9 Cam. Penal de la Circunscripción de Esquel, 15/10/2025, “Pcia de Chubut c/ P.R.A.”, Carpeta Judicial N° 6209.

Cuando un estudio o un organismo “sube” expedientes, borradores o bases de clientes a un modelo externo, no sólo compromete el secreto profesional sino también que ingresa en el régimen general de protección de datos. La Ley 25.326 restringe transferencias internacionales a países sin “adecuado nivel de protección” salvo excepciones o consentimiento expreso, algo relevante si la herramienta corre en nubes radicadas fuera de las jurisdicciones consideradas adecuadas por la AAIP. En la práctica, usar IA sin contratos de procesamiento, cláusulas de confidencialidad y controles sobre dónde se alojan y procesan los datos puede chocar con la ley y con el deber ético de resguardar el secreto.

El deber de secreto, además, no es solo deontológico. El Código Penal, art. 156, sanciona la violación de secreto profesional; y en CABA la Ley 23.187 y el Código de Ética del CPACF obligan a “observar con fidelidad el secreto” y a oponerse a su relevo salvo excepciones.

La IA acelera búsquedas y borradores, pero no reemplaza el juicio del abogado. Los tribunales ya reaccionaron cuando se ingresaron escritos con citas creadas por IA, en 2025 se difundieron decisiones en distintas jurisdicciones respondiendo a letrados que presentaron jurisprudencia inexistente generada por *chatbots*.¹⁰ En un tribunal de Estados Unidos se amonestó públicamente a varios abogados por haber firmado escritos con citas de jurisprudencia falsas generadas por IA. Los abogados asumieron la veracidad de las citas y que otra persona verificaría esa información. La corte consideró indiferencia hacia la verdad y la completa falta de interés personal en la responsabilidad profesional más básica que mostraron, y el total desprecio por la veracidad de los escritos que llevan sus firmas especialmente grave, más que mera imprudencia, y equivalente a mala fe.¹¹ Algo similar ocurrió en un tribunal de Londres, en el cual se dispuso que la presentación ante los tribunales de material jurídico falso o no verificado —incluyendo citas inexistentes, erróneas o fabricadas, muchas veces producto del uso inadecuado de herramientas de inteligencia artificial generativa— constituye una infracción grave de los deberes profesionales y éticos de los abogados, comprometiendo la integridad del sistema judicial.¹²

Nuevamente la enseñanza es transparente, la verificación humana es indelegable y presentar contenido “alucinatorio” puede acarrear llamados de atención, costas o sanciones procesales bajo los deberes de lealtad y buena fe.

Ese deber de lealtad y probidad está positivizado, los códigos procesales (nacional y locales) facultan a sancionar la temeridad o malicia y todo acto contrario a la buena fe procesal. Si la IA se usa para maquillar argumentos o “rellenar” con doctrina y fallos no verificados, el riesgo no es tecnológico, es estrictamente procesal y disciplinario.

En un ecosistema de expediente digital, rige la firma electrónica o digital y la trazabilidad de actuaciones (Acordada CSJN 31/2020). Esto no prohíbe usar IA, pero sí exige que lo que se firma sea propio, verificable y responsable. La decisión de citar, afirmar o incorporar anexos es del letrado o funcionario firmante, no de la herramienta.

10 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, “Giacomino, César Adrián y Otros c. Monserrat, Facundo Damián y Otros s/ daños y perjuicios, 20/08/2025, TR LALEY AR/JUR/95812/2025.

11 United States District Court, Northern District of Alabama, Frankie Johnson c. Jefferson S. Dunn et al, 23/07/2025, TR LALEY US/JUR/3/2025.

12 High Court of Justice, London, 06/06/2025, The King on the application of Frederick Ayinde, Hamad Al-Haroun c. The London Borough of Haringey, (1) Qatar National Bank QPSC (2) QNB Capital LLC, LA LEY 14/07/2025, 7 con nota de Iván G. Di Chiazza y José I. Pastore • TR LALEY UK/JUR/1/2025.

Si una *legaltech* genera dictámenes a clientes, redacta demandas o “asesora” de modo autónomo sin abogado interviniente, asoma el riesgo de ejercicio ilegal de la abogacía (art. 247 CP: actos propios de profesión sin habilitación). Las soluciones empresariales deben enmarcarse como soporte a profesionales matriculados, con clara intervención y revisión humana.

2. La incorporación de inteligencia artificial en la justicia no exige “tecnologizar” el rol jurisdiccional, sino potenciar el juicio humano con reglas y capacidades que lo resguarden. El punto de partida es axiológico y operativo a la vez. La IA debe servir a una finalidad pública centrada en la persona, cuanto mayor sea el impacto en derechos, mayor debe ser el estándar de garantías. Toda asistencia tecnológica tiene que dejar huella, registrar la herramienta, versión y tarea, preservar sellos de tiempo y respetar el derecho a la privacidad y no discriminación desde el diseño. Tal como afirma Diz es factible, e incluso en algunos casos recomendable y muy positiva, la progresiva utilización de soluciones tecnológicas que hagan más eficaz el proceso judicial, pero en ningún caso esto puede traer como consecuencia una disminución de garantías o una merma de los derechos fundamentales de los justiciables.¹³

Pero nada de esto prospera sin gestión del cambio cultural.

En la deliberación y la sentencia, la IA podrá sugerir estructura, sintetizar el expediente, señalar precedentes cercanos y proponer un borrador. El juez deberá verificar hechos y citas, explicar por qué adopta o descarta sugerencias y registrar el uso de IA (herramienta, versión, alcance). Será aconsejable incorporar una constancia de asistencia, como por ej.: “Esta resolución fue asistida por herramientas informáticas para tareas de búsqueda o síntesis. El análisis jurídico, la valoración de la prueba y la decisión son de este tribunal. Se verificaron las fuentes citadas y se documentó la revisión humana.”

La IA es bienvenida donde libera de lo repetitivo e ilumina lo complejo, no tiene cabida donde pretende reemplazar el juicio. Formar y acompañar el cambio cultural no busca delegar el juzgar en máquinas, sino blindar el núcleo de la función: valorar prueba con método, motivar con claridad y decidir conforme a derecho. Con principios de proporcionalidad por riesgo, trazabilidad, claridad, privacidad y control público, la magistratura ganará tiempo para lo sustantivo y confianza social para lo necesario.

3. Pero, precisamente por su impacto en derechos, la IA aplicada a administración de justicia es tratada como de “alto riesgo” en el derecho comparado (AI Act de la UE), con obligaciones de gestión de riesgos, transparencia y supervisión humana reforzada.¹⁴

Ya desde una perspectiva funcional, este fenómeno se manifiesta a través del efecto de automatización de decisiones, por el cual los operadores tienden a confiar ciegamente en las soluciones sugeridas por un sistema informático, especialmente cuando está revestido de autoridad técnica o supuesta neutralidad. El problema se agrava cuando estos sistemas operan como “cajas negras”, es decir, sin posibilidad real de comprender cómo llegaron a sus conclusiones.

13 Diz, Fernando Martín, “La disrupción de la inteligencia artificial en el proceso judicial: avances y retrocesos”, en Justicia Digital, Editorial Justicia y Proceso, año 2020, pág. 519.

14 La Ley de IA clasifica la IA en función de su riesgo.

En términos constitucionales, este riesgo atenta contra pilares esenciales del proceso, como la independencia judicial, la imparcialidad, la motivación suficiente (arts. 24 CE española, 18 CN argentina) y el debido proceso. El artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos exige que toda persona tenga derecho a ser oída por un "tribunal independiente e imparcial", lo cual supone una decisión razonada, individualizada y no sujeta a imposiciones externas, sean estas políticas o, como en este caso, algorítmicas.

Además, el uso no controlado de sistemas predictivos o de recomendación puede generar una judicialización estadística del caso, en la que el juez se vea tentado a resolver según lo que "suele pasar" en base a datos históricos, y no a lo que debe decidirse conforme al derecho en el caso concreto.

Por otra parte, cuando los sistemas de IA comienzan a sugerir soluciones jurídicas o a redactar borradores de resoluciones, el rol del juez podría deslizarse hacia una función de supervisión formal, más que de análisis sustantivo. En este escenario, el juez corre el riesgo de convertirse en una figura accesorio, un validador de decisiones preconfiguradas, con pérdida progresiva de la capacidad deliberativa y hermenéutica que caracteriza a la función jurisdiccional.¹⁵

La "Declaración de Santo Domingo sobre Justicia, Libertad, Igualdad, Solidaridad y Dignidad en Iberoamérica", producto de la *XXII Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI)* celebrada en mayo de 2025, propuso un viraje desde la "administración" de justicia hacia un servicio judicial centrado en la persona. Leída en clave de IA y Derecho -y con un tamiz argentino-, ese giro exige pensar a la inteligencia artificial de tres modos simultáneos: como medio para ampliar acceso, brindar claridad y mayor eficiencia. Como objeto que debe ser regulado por su potencial de riesgo, y como palanca que reubica deberes y responsabilidades de quienes operan el sistema jurídico, tanto en el sector público como en el privado.¹⁶

Al mismo tiempo, los riesgos de sesgo o falta de imparcialidad no son exclusivos de la IA, también pueden afectar al juzgador humano, expuesto a heurísticas como el sesgo de confirmación, de anclaje, de disponibilidad, a la fatiga decisoria y a presiones contextuales que pueden inclinar las decisiones. Por eso, no resulta adecuado la contraposición entre los conceptos de "IA sesgada" vs. "juez imparcial", en la medida que se parte de una dicotomía desbalanceada de origen, mide a la IA por sus fallas y al juez por su ideal. Por ello en lo humano debe reforzarse la capacitación en sesgos cognitivos, motivación estricta de las decisiones, publicidad y contradicción efectivas; y en lo algorítmico, exigir transparencia, trazabilidad y auditorías periódicas, control de calidad y revisión humana significativa.

Entendemos que la justicia que viene es híbrida, la IA liberará al juez de lo repetitivo y potenciará su rol en lo esencial, valorar prueba, motivar con rigor y decidir conforme a derecho. El juez deberá revisar críticamente, explicar cuándo acoge o se aparta de una sugerencia del sistema, registrar el uso de IA -qué herramienta, versión y para qué tarea-, y validar la coherencia con la prueba y el derecho aplicable.

15 Kamada, Luis ernesto, La capacitación judicial en tiempos de TIC's (o el choque de dos mundos), 25 de Abril de 2024, www.saij.gob.ar.

16 Díaz Cordero, Agustina; Di Chiazza, Iván G.; Pastore, José I., "La Declaración de Santo Domingo: hacia una justicia humana y eficaz en la era digital", LA LEY 16/07/2025, 1.

V.- Conclusiones.

En el actual contexto de transformación digital, la irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico -y particularmente en la administración de justicia-, plantea múltiples interrogantes legítimos. Sin embargo, resulta innegable el potencial transformador que esta tecnología ofrece para optimizar procesos, mejorar la eficiencia y ampliar el acceso al servicio de justicia.

El juez no debe ser gobernado por algoritmos, sino que debe dirigirlos. La tecnología puede y debe asistir al juez, pero nunca reemplazar su discernimiento. Si la justicia se automatiza sin resguardos, pierde su carácter humanista, su potencial emancipador y su legitimidad social. Preservar la soberanía intelectual del juez frente a los sistemas algorítmicos es una tarea ética, jurídica y política de primer orden. Paralelamente, se mantiene e intensifica el deber de secreto profesional y la protección de datos, deberá omitirse cargar datos sensibles en servicios sin garantías contractuales y técnicas. La firma digital compromete al firmante, presentar citas "alucinadas" o doctrina no verificada es falta de lealtad procesal.

En síntesis, Argentina enfrenta el reto de cerrar la brecha entre el vertiginoso avance de la IA y la capacidad del derecho para responder a sus impactos. Abordar los vacíos en responsabilidad civil, penal y administrativa de forma integral será clave para aprovechar los beneficios de la inteligencia artificial promoviendo la innovación, pero sin renunciar a la protección jurídica de las personas y al Estado de Derecho en la era digital. Legislar sobre IA implica guiar el progreso tecnológico hacia un desarrollo justo y sostenible en el que el país no puede quedarse atrás. Los estándares internacionales y el debate comparado ofrecen valiosas orientaciones, pero corresponde al legislador local adaptar esas lecciones a nuestra realidad. El camino regulatorio apenas comienza, y su correcta implementación determinará en gran medida cómo la IA se integrará responsablemente en la sociedad argentina, minimizando riesgos y asignando responsabilidades de modo equitativo y efectivo.

La digitalización y la IA ya aportan valor comprobable al servicio de justicia, pero su adopción responsable exige ciertos contrapesos: protección de datos y secreto profesional, trazabilidad y firma digital con responsabilidad del firmante, transparencia y auditorías de sistemas críticos, revisión humana significativa y capacitación continua para operadores y magistratura. Lejos de sustituir al juzgador, la IA debe asistir su trabajo en tareas donde es más eficiente -búsqueda, clasificación, síntesis, patrones-, reservando al juez el juicio experto, la motivación y la decisión. Para ello, se imponen criterios proporcionales al riesgo -más garantías cuanto mayor sea el impacto en derechos-, registros e interoperabilidad segura y reglas claras. Reconocer que los sesgos también afectan al ser humano, refuerza la necesidad de estándares simétricos de transparencia y control. En suma, la meta es una justicia híbrida, humana y explicable, con tecnología al servicio de la tutela judicial efectiva, con certezas jurídicas y salvaguardas que protejan a las personas sin desaprovechar el potencial transformador de la innovación.

El juez se redefine como garante de la constitucionalidad en la era digital. La magistratura está llamada a ejercer un liderazgo reflexivo que articule técnica y derecho, interpretando las nuevas prácticas judiciales a la luz de los principios fundamentales del proceso. Esto supone, también, una formación continua y un compromiso activo con la ética judicial frente a sistemas que operan con lógicas opacas. El desafío ya no es solo conocer el

derecho, sino comprender cómo la tecnología puede afectar o potenciar la igualdad de armas, la imparcialidad del debate, la motivación de las decisiones y la confianza ciudadana en el sistema de justicia.-

El derecho de autor en la era de la inteligencia artificial

Copyright in the age of artificial intelligence

Emiliano Zito¹

RESUMEN:

El artículo analiza el impacto de la inteligencia artificial (IA) en el derecho de autor, destacando cómo las creaciones generadas por IA desafían los conceptos tradicionales de autoría y originalidad. Se examinan antecedentes judiciales en EE.UU. que niegan protección a obras sin intervención humana y presenta la avanzada regulación europea (Reglamento UE N° 2024/1689), que establece un marco legal basado en riesgos. En contraste, Argentina carece de legislación específica, aunque existen proyectos en curso. Finalmente se propone adaptar el modelo europeo de regulación de IA para garantizar transparencia, responsabilidad y compatibilidad entre innovación tecnológica y protección de derechos intelectuales en el país.

ABSTRACT

This article analyzes the impact of artificial intelligence (AI) on copyright, highlighting how AI-generated creations challenge traditional concepts of authorship and originality. It examines prior US court rulings that deny protection to works without human intervention and presents the advanced European regulation (EU Regulation No. 2024/1689), which establishes a risk-based legal framework. In contrast, Argentina lacks specific legislation, although projects are underway. The author proposes adapting the European model to ensure transparency, accountability, and compatibility between technological innovation and intellectual rights protection in the country.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial; derecho de autor; derecho de autor e IA, IA Unión Europea, IA y Propiedad Intelectual, derecho de autor, creaciones generadas por IA

KEYWORDS: Artificial intelligence; copyright; copyright and AI, AI in the European Union, AI and intellectual property, copyright, AI-generated creations

¹ Abogado y Procurador por la Universidad Empresarial Siglo 21. . Magíster en Defensa Nacional-Universidad Nacional de la Defensa Especialista en Abogacía del Estado -Escuela del Cuerpo de Abogados de la Procuración del Tesoro de la Nación. Profesor Universitario de la Enseñanza Media y Superior - Universidad Nacional de la Defensa. Diplomado en Saneamiento de Titulaciones Dominiales, Género y Gestión Institucional. Curso de Posgrado en Prevención de Lavado de Activos - Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesor de Derecho Penal "A" y "B" en Universidad Blas Pascal. Profesor en las cátedras Práctica Profesional de Abogacía e Integración Profesional de Martillero Público Universidad Siglo 21. Abogado de la Organización de las Naciones Unidas (UNFICYP). Ocupó distintos cargos en el Estado Nacional, Ejército Argentino, Colegio Militar de la Nación. Ex Director de Administración y Gestión de los Recursos de la Unidad de Información Financiera (UIF). emilianozito@hotmail.com ORCID 0009-0004-1602-2009

I. Introducción.

La inteligencia artificial resulta en la actualidad el fenómeno tecnológico que ha revolucionado y cambiando las formas en las que se desarrollan desde las actividades cotidianas hasta las más complejas como humanidad. Probablemente como ha sucedido en el pasado con desarrollos tecnológicos revolucionarios, estamos transitando una época donde la IA genere un cambio de paradigma en la forma en la que se ejecutan distintas actividades.

El derecho no resulta ajeno a este fenómeno y seguramente, deberán estudiarse si los marcos normativos existentes, resulten suficientes para brindar un marco jurídico que determine los lineamientos sobre la Inteligencia Artificial.

Particularmente, el enfoque del presente artículo se analizará este fenómeno relacionado al derecho de autor, ya que en la actualidad la inteligencia artificial resulta en una herramienta que atraviesa todos los campos de la creatividad humana. Desde la generación automática de textos, música, imágenes y videos, hasta la creación de algoritmos que diseñan obras plásticas o desarrollan invenciones técnicas, la IA está modificando de manera acelerada los límites tradicionales de la autoría y la originalidad. Esta transformación plantea desafíos inéditos para todos los operadores jurídicos ya que, respecto a la propiedad intelectual, obliga a repensar quién puede ser considerado autor, qué constituye una obra protegible y cómo deben adaptarse los regímenes jurídicos vigentes ante creaciones que, aunque generadas sin intervención humana directa, son cada vez más sofisticadas, valiosas y socialmente relevantes.

En este sentido, distintos medios periodísticos se han hecho eco en Estados Unidos, que la inminente actualización de la inteligencia artificial de OpenAI para su generador de video Sora, ha generado inquietud en la industria del entretenimiento, ya que la nueva política permitirá que el sistema utilice material protegido por derechos de autor a menos que los titulares de esos derechos soliciten expresamente su exclusión. La compañía ha comenzado a notificar a agencias de talentos y estudios sobre este mecanismo de exclusión, que requerirá que los propietarios de propiedad intelectual se pronuncien activamente si desean evitar que sus obras aparezcan en los videos generados por la herramienta. La decisión de OpenAI de implementar un sistema de exclusión voluntaria refleja una postura firme de las empresas de inteligencia artificial respecto al uso de contenidos protegidos en el desarrollo y funcionamiento de sus productos. Este enfoque, que prioriza la expansión de usuarios y la velocidad de innovación, representa un cambio en el control que los titulares de derechos ejercen sobre sus creaciones en Estados Unidos (Morales, 2025: p.2)

Seguidamente, se presentará la evolución de la Inteligencia Artificial, su definición, el estado normativo actual de la legislación vigente en la materia, particularmente la impulsada en el seno de la Unión Europea, que consideramos el faro a seguir en el desarrollo de nuestra normativa específica de IA en nuestro país, para luego proponer los lineamientos jurídicos que pensamos deben tenerse para garantizar la compatibilidad entre los conceptos de innovación tecnológica y derecho de autor en la actualidad.

II. La inteligencia artificial. Breves consideraciones de su evolución e historia y su definición.

De forma previa a definir a la inteligencia artificial, muchos autores han expresado que

todavía no se puede cuantificar el verdadero alcance del impacto, positivo y/o negativo que tendrá esta tecnología en el futuro del desarrollo de nuestra humanidad.

La incorporación de la Inteligencia Artificial a la vida cotidiana de los seres humanos, se ha caracterizado en el último tiempo por una gran velocidad, ya que no sólo es utilizada en actividades complejas desarrolladas en organizaciones públicas y privadas sino también en nuestras tareas diarias.

Tal como lo destacara Romero (2023), el uso de la inteligencia artificial se encuentra en una constante expansión en su uso por los seres humanos ya que cerca del 80% de las personas en algunos países utilizan inteligencia artificial (IA), incluso sin darse cuenta; siendo sólo la tercera parte está consciente de ello (p.1).

Así llevado el fenómeno al ámbito empresarial, la IA también está transformando la manera en la que el sector privado está transformando la interacción con clientes, los esfuerzos para garantizar una experiencia satisfactoria a ellos, analizando su comportamiento, creando nuevos productos y servicios, abriendo nuevos canales de venta utilizando contribuyendo a una gestión de negocio más eficaz, anticipando los principales indicadores financieros mediante la identificación de patrones basados en datos (García, 2023:p.2).

El proceso actual sobre la Inteligencia Artificial, si bien ha presentado una evolución sideral en los últimos años, es un fenómeno de larga data, muchos autores al analizar la génesis consideran que un científico clave en el desarrollo de la IA fue Alan Turing, considerado el padre de la informática moderna quien en sus investigaciones propuso una prueba para medir si una máquina podía pensar como un humano. El test consistía en un juego de imitación, en el que un interrogador debía averiguar quién era una máquina y quién era una persona solo mediante preguntas escritas. Si el interrogador no podía distinguir a la máquina de la persona, se consideraba que la máquina había pasado el test. Las contribuciones de Turing a la ciencia de la computación sentaron las bases para la investigación moderna en IA.

Mauregui hace una evolución sobre los antecedentes destacando la Conferencia de Dartmouth, donde se acuñó el término inteligencia artificial, se establecieron los objetivos y los métodos de esta disciplina. Desde entonces, la IA ha avanzado mucho gracias al desarrollo de la computación, la programación y el aprendizaje automático (machine learning), que es la capacidad de los sistemas de aprender por sí mismos a partir de entrenamientos con datos masivos y experiencias. En el año 1997, Deep Blue, la supercomputadora de IBM, derrotó al campeón mundial de ajedrez, el ruso Garry Kasparov, utilizando una combinación de altísima capacidad de cómputo y algoritmos de búsqueda para evaluar millones de posiciones por segundo. Aunque algunos argumentan que no fue una verdadera IA, la victoria de Deep Blue marcó un hito importante en la relación entre humanos y máquinas. En 2016, AlphaGo, una inteligencia artificial desarrollada por DeepMind de Google, venció al surcoreano Lee Sedol, uno de los mejores jugadores de go en el mundo. El go es un juego milenario de origen chino que diferencia del ajedrez, tiene un espacio de búsqueda mucho más amplio, lo que hace que la victoria de AlphaGo sea aún más impresionante (Mauregui, 2023: p.1).

A partir del perfeccionamiento de los llamados grandes modelos de lenguaje, como el

GPT2 y GPT3 hasta llegar al famoso ChatGPT de la empresa tecnológica OpenAI, la inteligencia artificial dio un salto enorme con el desarrollo de una interfaz muy accesible y fácil de usar, y fue acompañado por distintos aportes efectuados en nuestra aldea global, que comenzaron a interesarse por el fenómeno y presentaron una definición sobre lo que se entiende por inteligencia artificial.

Respecto a este proceso, no existe consenso en cuanto a la definición. Por un lado, Real Academia Española la define como una disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico (Danesi, 2021: p. 1273).

Por otro lado, la propuesta de regulación de la IA de la Unión Europea, denominada definió a la inteligencia artificial como el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa lógicamente (Danesi, 2021: p. 1274).

Se destaca también la definición efectuada por la UNESCO, organismo internacional que la ha definido como: *“máquinas capaces de imitar ciertas funcionalidades de la inteligencia humana incluyendo la percepción, el aprendizaje, el razonamiento, la resolución de problemas, la interacción del lenguaje e incluso la producción creativa”* (UNESCO, 2021: p.5).

Ahora bien, en este proceso de imitar funcionalidades de la inteligencia humana, sus rasgos más destacables son la autonomía y el autoaprendizaje; lo que significa que la IA toma decisiones absolutamente independientes de su creador o diseñador y, además, tiene la capacidad de seguir aprendiendo una vez puesta en circulación. Además de todo ello, tiene la habilidad de procesar enormes cantidades de datos convirtiéndola en una valiosa herramienta que se utiliza en las más diversas áreas (Danesi, 2021: p. 1273).

Así en ese proceso de imitación que realiza la Inteligencia Artificial, se nutre de datos, algoritmos y modelos que le permiten tomar ese conocimiento e iniciar con uno de los algoritmos más importantes que es el aprendizaje automático, sin esos datos, el sistema de IA resulta ineficaz para la realización de una determinada tarea independientemente de la complejidad que tenga.

Los distintos procesos que realiza la máquina incluyen las siguientes técnicas de procesamiento de datos que son clasificados de la siguiente manera: Aprendizaje automático (Machine learning), que se refiere a la capacidad de las máquinas para aprender por sí solas y mejorar su rendimiento con el tiempo sin necesidad de una intervención humana basándose en datos, Aprendizaje profundo (Deep learning) este tipo de aprendizaje profundo utiliza redes neuronales multicapa para analizar datos y realizar tareas complejas (Salinas, 2024:p.3).

La diferencia entre ambos es que el sistema automático es más amplio y se refiere a las técnicas generales que permiten a las máquinas aprender por sí mismas, el profundo es un enfoque específico que hace uso de redes neuronales para completar una tarea similar a la humana, como ver, escribir o crear arte), las redes neuronales, o redes neuronales artificiales (RNA), son un componente del aprendizaje profundo que imita el pro-

cesamiento de datos del cerebro humano. Una red neuronal está formada por múltiples capas de neuronas artificiales (llamadas nodos), que se utilizan para procesar todos esos datos (Salinas, 2024: p. 3).

Otro de los métodos es el procesamiento del lenguaje natural (PLN), que permite a las máquinas comprender, procesar e imitar el lenguaje humano, la visión artificial que implica que las computadoras que pueden entender datos visuales como fotos y videos para tomar decisiones.

También la IA tiene la capacidad de resolución de problemas y razonamiento, en estas como señala el autor, la maquina simula, y utilizan datos, algoritmos y probabilidades para tomar sus decisiones, en la actualidad el sistema Chat GPT tiene la función de razonar y no solo su actividad se circunscribe únicamente a la búsqueda de datos.

Así, otra de las funciones es la perceptiva donde se utilizan sensores para percibir situaciones del mundo real y comunicar percepciones e información a los humanos.

Finalmente, la función cognitiva donde la IA, imita los procesos del pensamiento humano al utilizar algoritmos y datos, tomar decisiones, hacer predicciones y proporcionar información. Estos sistemas no pueden imitar a la perfección el pensamiento humano, pero están entrenados para entender el contexto además del contenido (Salinas, 2024: p. 4). Se puede vislumbrar, que en la actualidad y como manifestamos en la génesis de este análisis, se habla de una nueva revolución industrial ya que la Inteligencia Artificial, como proceso tecnológico, resulta ser un avance que, por primera vez en la historia de la humanidad, tiene la capacidad de realizar actividades que, hasta el momento de su creación, y posterior auge, estaban reservadas únicamente al hombre como especie.

Este avance tecnológico tiene la principal característica de mutar y avanzar a pasos agigantados, semana a semana surgen en las noticias nuevos campos de utilización de la Inteligencia Artificial. Ahora bien, aplicadas al campo de la propiedad intelectual, encontramos distintos antecedentes relacionados a esta temática que se han dado en diversos países, Así en los Estados Unidos la justicia norteamericana, en el marco de la casusa *Thaler v. Perlmutter*, un tribunal estadounidense rechazó el intento del Stephen Thaler de registrar una obra visual producida enteramente por su sistema *Creativity Machine* como obra con autor no humano, bajo la normativa estadounidense La Oficina de Derecho de Autor estadounidense fue clara: la protección solo alcanza obras producidas por seres humanos. Otro caso emblemático, a la par, es *Kashtanova v. U.S. Copyright Office*, donde la autora de un cómic había utilizado imágenes generadas con *Midjourney*. La Oficina aceptó proteger el guion y la disposición general, pero denegó protección para las imágenes, por considerar que no había existido intervención humana significativa. Se introduce así una noción ambigua pero cada vez más invocada: la de la relevancia de la intervención humana como umbral de protección (Edwards, 2025: p. 1).

Como antecedente previo, en el año 2006, una una revista de divulgación científica especializada (*Popular Science*) hizo referencia a dicha patente, titulada *Apparatus for Improved General-Purpose PID and non-PID Controllers* (Aparatos para controladores PID y no PID - de propósito general - mejorados), en un artículo dedicado a Koza y a su agente de IA IM. Este agente habría creado la innovación patentada sin intervención humana y mediante el simple requerimiento de información sobre los componentes básicos (como

resistencias y diodos) y de especificaciones para un resultado deseado (medidas de rendimiento, tales como el voltaje y la frecuencia). Con esta información, el agente de IA IM habría generado diferentes outputs que fueron evaluados para determinar su aptitud (es decir, si un output cumplía con las medidas de rendimiento). La USPTO pareció no advertir el rol del agente de IA IM en la invención en cuestión. IBM también ha diseñado un agente de IA, al cual denominó Watson en homenaje a su fundador. La compañía describió a este agente de IA como un software de la nueva generación capaz de "creatividad informática". Pero a diferencia de los agentes de IA creados por Thaler y Koza, Watson utiliza una arquitectura de deducción lógica más convencional combinada con un acceso a bases masivas de datos conteniendo una gran acumulación de experiencias y conocimientos humanos. Este agente de IA ha sido utilizado para la confección de nuevas recetas de cocina, planificación financiera, asistencia a clínicas médicas para el desarrollo de tratamientos contra el cáncer, distinción de perfiles genéticos que podrían responder a ciertos medicamentos y asesoramiento personal en turismo y viajes (Núñez, 2024: p.1) Otro antecedente relacionado a la propiedad intelectual pero específicamente al derecho de autor, se dio en marzo del corriente año donde el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia (United States Court of Appeals for the district of Columbia circuit) se pronunció en la causa - Nº 1:22-cv-01564 - sobre la protección por el derecho de autor de una imagen creada con inteligencia artificial. El asunto enfrenta, por un lado, al creador de la máquina "Creative Machine" (demandante) y, por otro lado, a la Oficina de Derechos de Autor de los Estados Unidos (United States Copyright Office - USCO) y su directora (demandados). De acuerdo con los hechos descritos en el fallo, el demandante es creador y desarrollador de programas informáticos que, mediante el uso de inteligencia artificial, generan imágenes de arte visual de manera muy similar a las creadas por un artista humano. En relación con estas imágenes, presentó una solicitud de registro ante la Oficina de Derecho de Autor, identificándose como el creador de la máquina y señalando que la imagen había sido "creada de manera autónoma por un algoritmo informático que se ejecuta en una máquina". Sin embargo, la Oficina rechazó la solicitud, decisión que fue confirmada por la Junta de Revisión (Review Board) y, posteriormente, por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia (United States District Court for the District of Columbia), argumentando que la imagen no estaba protegida por el derecho de autor al no contar con intervención humana (Pascua, 2025:p.2).

Como se puede vislumbrar en los antecedentes presentados, la inteligencia artificial, en su capacidad generativa, tiene la posibilidad de realizar distintas actividades, puede también escribir novelas, crear fotografías, pintar cuadros, componer música, melodías, sin la intervención humana. Estas creaciones artísticas plantean algunos interrogantes sobre el derecho de autor, quizás lo más importante en la cuestión es si resulta el propietario la persona que creó el sistema de inteligencia artificial, la persona que lo entrenó o finalmente el humano que utilizando la herramienta fue el que dio las instrucciones que permitieron esa creación artística que ponen en el centro de escena a nuestra legislación referida al derecho de autor.

Lamentablemente la velocidad en la incorporación de la IA en diversos procesos, no resulta la misma en la que se han impulsado las normas necesarias para regular su funcionamiento.

En este sentido, la sociedad se encuentra en un momento en que no puede ser ajena a

la reflexión y a la toma de decisiones respecto a su regulación normativa y la comunidad jurídica en su conjunto tiene la responsabilidad mancomunada de impulsar las normas que regulen exhaustivamente el funcionamiento de la IA.

Los avances normativos regulatorios son escasos, encontrándose la Unión Europea a la vanguardia en la regulación jurídica de la IA, ya que impulsó un marco normativo denominado Ley de Inteligencia Artificial (Reglamento UE N° 2024/1689) aprobado el 13 de junio del 2024 que sentó las bases para la regulación de la IA en la Comunidad, que tiene una vigencia diferida que se verá materializada en casi su totalidad en el año 2026.

III. Estado de la Legislación Actual.

Los avances en la regulación normativa de la Inteligencia Artificial, se encuentran en un estado palmario a nivel mundial. Estados, China y la Unión Europea, albergan más de la mitad de los centros de datos más potentes del mundo, utilizados para desarrollar los sistemas de IA según datos recopilados por investigadores de la Universidad de Oxford, solo 32 países, o alrededor del 16 % de las naciones, cuentan con estas grandes instalaciones repletas de microchips y computadoras, lo que les proporciona lo que en el lenguaje de la industria se conoce como potencia informática. Estados Unidos y China, que dominan el mundo tecnológico, tienen una influencia especial. Empresas estadounidenses y chinas operan más del 90 % de los centros de datos que otras empresas e instituciones utilizan para la IA. Según datos de Oxford y otras investigaciones, el trabajo de estos centros es deficiente. En contraste, África y Sudamérica prácticamente no cuentan con centros de computación de IA, mientras que India cuenta con al menos cinco y Japón con al menos cuatro. Más de 150 países carecen de ellos (Satariano, Monzur, 2025: p.2).

Así y en cuanto a la regulación normativa de la Inteligencia Artificial, el giro copernicano ha sido dado el año pasado por la Unión Europea, que determinó en un cuerpo normativo riguroso, exhaustivo y robusto, la forma en que en el ámbito de la Comunidad se llevaría a cabo la implementación, presentamos los principales lineamientos de la regulación impulsada.

III A- La Ley de Inteligencia Artificial Europea. Sus principales lineamientos.

En primer lugar, el Reglamento N° 2024/1689 aprobado el 13 de junio de 2024 por el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, también conocido como la Ley de Inteligencia Artificial, estableció un marco jurídico armonizado para el desarrollo, comercialización y uso de sistemas de inteligencia artificial (IA) en la Unión Europea, siendo su objetivo principal garantizar que la IA se utilice de manera segura y respetuosa con los derechos fundamentales, promoviendo al mismo tiempo la innovación y la competitividad mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme, en particular para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial en la Unión, de conformidad con los valores de la Unión, con la finalidad de promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, y, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Es importante señalar que, esta normativa respondió a la necesidad de evitar la fragmentación normativa entre los Estados de la Comunidad Europea, estableciendo reglas comunes que aseguren un nivel elevado y coherente de protección jurídica, especialmente

en lo relativo a la transparencia, la supervisión y la responsabilidad de los operadores de sistemas de IA.

La Ley de Inteligencia Artificial Europea, adopta principalmente un enfoque basado en el riesgo, categorizando los sistemas de inteligencia artificial según el nivel de amenaza que puedan representar para los derechos y libertades fundamentales de las personas, prohibiéndose aquellos sistemas que manipulan el comportamiento humano, permiten la categorización biométrica sin base jurídica clara o la puntuación social por parte de autoridades públicas.

Se regulan de manera estricta los sistemas de alto riesgo, que comprenden aplicaciones en sectores sensibles como la educación, la salud, el empleo, la migración, la seguridad pública y la administración de justicia. Para estos últimos, el reglamento impone obligaciones de registro, evaluación de conformidad, supervisión humana, trazabilidad y transparencia en su funcionamiento.

Las obligaciones determinadas por la norma europea alcanzan tanto a proveedores como a usuarios de sistemas de IA, quienes deben garantizar que dichos sistemas cumplan con los requisitos técnicos, éticos y jurídicos establecidos, exigiéndose la elaboración de documentación técnica detallada, la implementación de sistemas de gestión de riesgos, y la garantía de explicabilidad de los resultados obtenidos por los algoritmos. Además, se refuerzan los mecanismos de supervisión ex ante y ex post mediante autoridades competentes designadas en cada Estado miembro, bajo la coordinación de una nueva Oficina Europea de Inteligencia Artificial.

Asimismo, en la Ley se prevén sanciones proporcionales y disuasorias en caso de incumplimiento, con multas que pueden alcanzar hasta 35 millones de euros o el 7 % del volumen de negocios anual global de la empresa infractora, dependiendo de la gravedad de la infracción y el tipo de obligación vulnerada.

Es importante señalar que, en distintas partes de la Ley de Inteligencia Artificial Europea, se determina que las plataformas de IA deben contar con un sistema de control fidedigno de trazabilidad particularmente en lo que se refiere a cuestiones relacionadas a la opacidad y complejidad exigiendo la norma, transparencia antes de su introducción en el mercado o puesta de servicio de modo que permitan comprender como ese sistema funciona.

El Capítulo VII de la Ley de IA, la creación de un órgano comunitario que se encargará de la supervisión y aplicabilidad de la normativa en todo el ámbito de la Comunidad Europea, creándose una Oficina de IA dentro de la Comisión Europea, que será la autoridad central encargada de coordinar, controlar y garantizar que la ley se aplique de forma uniforme en todos los Estados miembros. Esta oficina pública, que se encuentra en funcionamiento, tiene un rol clave en varios frentes como identificar riesgos en los modelos de IA de propósito general, participar en investigaciones por posibles infracciones, administrar sanciones, y trabajar para fomentar la innovación y el desarrollo de una IA segura y confiable.

En su diseño, está compuesta por distintas unidades especializadas: una unidad de Regulación y Cumplimiento, otra de Seguridad de la IA, una dedicada a la Excelencia en IA y

Robótica, otra para promover la IA con fines sociales, y una más orientada a la innovación y coordinación de políticas. Además, apoya la creación de espacios de prueba controlados, colabora con centros de innovación digital, impulsa proyectos y representa a la UE en el escenario internacional.

Además de regular de la existencia de la Oficina de Inteligencia Artificial, en el artículo 65, se crea el Consejo Europeo de Inteligencia Artificial, que resulta un organismo clave para coordinar la aplicación de la ley en toda la Unión. En ese sentido, cada Estado miembro debe designar un representante con un mandato de tres años, renovable una vez, que posea las competencias necesarias para contribuir activamente a las tareas del Consejo, como se detalla en el artículo 66. Estos representantes también actuarán como punto de contacto único ante el Consejo y facilitarán la coherencia y coordinación entre las autoridades nacionales competentes de su país. El Consejo será presidido por uno de los representantes de los Estados miembros y contará con el apoyo de la Oficina de IA, que se encargará de la secretaría, convocará las reuniones y preparará el orden del día conforme a las tareas del Consejo y su reglamento interno. Además, los representantes designados aprobarán el reglamento interno del Consejo por mayoría de dos tercios. Esta estructura busca asegurar una aplicación coherente y efectiva de la ley en toda la Unión Europea.

Finalmente, el artículo 70, establece que cada Estado miembro debe designar una o más autoridades nacionales que se encarguen de aplicar la ley a nivel local, y también un punto de contacto único para facilitar la comunicación con la Oficina y con otros países. En resumen, esta estructura busca que la regulación de la inteligencia artificial en Europa sea fuerte, coordinada y adaptada a los desafíos técnicos y éticos que plantea esta tecnología.

Al analizar la norma y como lo presentáramos en líneas anteriores, no cuenta la norma con un artículo específico que regule a la propiedad intelectual y al derecho de autor.

No obstante, ello, este marco normativo resulta un modelo normativo innovador y exhaustivo que puede ser tenido en cuenta a la hora de diseñar el sistema argentino, ya que resulta novedoso en contar con conceptos como la obligación de la transparencia algorítmica, la clasificación de riesgo de los sistemas de IA, la responsabilidad a los proveedores de IA y finalmente la creación de autoridades regulatorias.

III B- La Regulación normativa de la Inteligencia Artificial en nuestro país.

Respecto a la evolución normativa de nuestro país respecto a la IA, en la actualidad no existe un cuerpo normativo sancionado en el ámbito del Congreso de la Nación que la regule de manera exhaustiva tal como se ha realizado en el ámbito de la Unión Europea. Empero, existen aproximadamente 35 proyectos de ley que fueron presentados en el Congreso de la Nación que buscan regular el desarrollo y uso de la inteligencia artificial, abordando diferentes aspectos, como la protección de datos personales, la transparencia en los sistemas de IA y la prevención de riesgos asociados con su uso, pero lamentablemente ninguno ha adquirido estado parlamentario (Congreso de la Nación 2025: p 10).

La Ley N° 27.506, constituye la única norma impulsada en el Congreso de la Nación que en el marco del Régimen de Promoción de la Economía del Conocimiento reconoció a la inteligencia artificial como una actividad estratégica para el desarrollo económico nacional.

Así las cosas, en el año 2019 se impulsó por primera vez el Plan Nacional de Inteligencia Artificial que definió las líneas prioritarias para su implementación estableciendo las siguientes: formación de talento humano; impulso al desarrollo científico-tecnológico; aplicación de la IA en sectores sociales clave; construcción de un marco ético; y proyección internacional del país como actor en la gobernanza global de la tecnología. La estrategia se enmarca en los principios de explicabilidad algorítmica, control humano significativo, transparencia, equidad y sostenibilidad (Plan Nacional de Inteligencia Artificial, 2019: p. 1).

En el año 2023, se impulsaron distintas regulaciones respecto a la materia, así mediante la Disposición N° 2/2023 de la Subsecretaría de Tecnologías de la Información, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros se aprobaron las Recomendaciones para una Inteligencia Artificial Fiable que se destacan por brindar un marco para la adopción tecnológica de la inteligencia artificial centrada en el ciudadano y sus derechos, concibiendo su aspecto social y estratégico, asegurando un óptimo funcionamiento de la prestación de servicios y un enfoque ético buscando ofrecer también herramientas teóricas y prácticas a quienes formen parte del sector público, ya sea liderando proyectos de innovación, desarrollando tecnologías, adoptando tecnologías desarrolladas por otros equipos técnicos/proveedores, formulando las especificaciones técnicas para esas adquisiciones.

La Agencia de Acceso a la Información Pública mediante el dictado de la Resolución N° 161/2023, creó el Programa de transparencia y protección de datos personales en el uso de la Inteligencia Artificial con la finalidad de impulsar procesos de análisis, regulación y fortalecimiento de capacidades estatales necesarias para acompañar el desarrollo y uso de la Inteligencia Artificial (IA), tanto en el sector público como en el ámbito privado, pero no incluye un marco robusto sino que se constituyó en un mapeo de la situación del uso e implementación de la IA.

La Jefatura de Gabinete de Ministros mediante el dictado de la Decisión Administrativa N° 750/2023, impulsó una Mesa Interministerial de IA como ámbito transversal para abordar el avance y aplicación de la inteligencia artificial en diversos sectores de la economía y de la sociedad, conforme a un marco ético, de desarrollo sostenible, transformación digital, y con la finalidad de diseñar una estrategia integral que sea aplicada por el PEN. Esta Mesa fue modificada en su constitución por imperio de la Decisión Administrativa N° 899/24 que estableció como organismo rector a la Secretaría de Innovación, Ciencia y Tecnología, estableciéndose que se encuentra integrada por las siguientes jurisdicciones: la Jefatura de Gabinete, el Ministerio de Defensa, el Ministerio de Economía, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Seguridad, el Ministerio de Capital Humano, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Desregulación y Transformación del Estado, y la Secretaría de Asuntos Estratégicos y la Secretaría de Innovación, Ciencia y Tecnología.

Como desarrollo gubernamental complementario, entre los meses de septiembre y diciembre del año 2024 se convocaron Mesas de Trabajo Público-Privadas que reunieron a empresas tecnológicas, organizaciones civiles y académicos para consensuar principios orientadores de la futura regulación de IA.

En síntesis, nuestro país se encuentra en una etapa donde los avances normativos han

sido sumamente escasos, no obstante, pensamos que estos espacios de diálogo resultan útiles para el diseño de soluciones normativas integrales aplicadas al campo de la regulación de la Inteligencia Artificial.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que la regulación normativa de la IA en Argentina debe constituirse en una política de estado y el Congreso de la Nación resulta el ámbito donde deben lograrse los distintos consensos entre los distintos partidos políticos para impulsar una ley que regule el uso de la IA de forma exhaustiva.

Si a la fecha todavía no se ha impulsado el marco jurídico integral, mucho menos se han dado debates sobre diversas cuestiones reguladas por el derecho civil como el derecho de autor, presentaremos su regulación actual.

IV. El derecho de autor en Argentina.

La legislación sobre el derecho de autor forma parte de un cuerpo más amplio del derecho conocido con el nombre de derecho de la propiedad intelectual que, en términos generales, incluye a toda creación del intelecto humano. Estos derechos protegen los intereses de los innovadores y creadores al ofrecerles prerrogativas en relación con sus creaciones y pueden incluirse los siguientes: las obras literarias, artísticas y científicas; las interpretaciones de los artistas intérpretes y las ejecuciones de los artistas ejecutantes, los fonogramas y las emisiones de radiodifusión; – las invenciones en todos los campos de la actividad humana; los descubrimientos científicos; los diseños industriales; las marcas de fábrica, de comercio y de servicio y los nombres y denominaciones comerciales; – la protección contra la competencia desleal; y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico”. De la importancia que reviste proteger la P.I. se deja por primera vez constancia en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 1883 (Convenio de París) y en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1886 (Convenio de Berna). De la administración de uno y otro tratado se encarga la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, 2016: 4).

Adentrándonos en el análisis de nuestra legislación y particularmente al derecho de autor, la Constitución Nacional, en su artículo 17 establece:

“La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”. Constitución Nacional, 1994: art 17).

De este artículo se desprende la inviolabilidad de la propiedad, entre otras cuestiones relacionadas al derecho de propiedad y particularmente se realiza un reconocimiento taxativo al derecho de autor, ya que establece que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley que ya se incluían en la primera Carta Magna de 1853.

Al respecto Lamas (2023) tiene dicho que, si bien el derecho de propiedad intelectual y particularmente el derecho de autor, parten de la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada, la reforma de 1994 introdujo la jerarquización a rango constitucional de los Tratados de Derechos Humanos enumerados en el art. 75 inc. 22, segundo párrafo. Estos deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Primera Parte. Entre los pactos enumerados, se destacan la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En todos ellos, el derecho a gozar de la propiedad intelectual aparece explícitamente reconocido como un derecho humano para su autor (Lamas, 2023: p.78).

Así, el derecho de autor puede ser definido como el conjunto de normas que concede derechos al autor sobre su obra por el mero hecho de haberla materializado, es decir, fijado en un soporte que puede ser de cualquier tipo: analógico o digital. Estos derechos de autor se clasifican en derechos morales (que son los que vinculan al autor con su obra conceptualmente; y en derechos patrimoniales, que son aquellos que permiten la explotación comercial de dicha obra bajo un régimen de monopolio durante cierto período de tiempo reconocido por ley (Derecho de autor, 2021: p.3).

El derecho de autor reconocido en nuestra Constitución Nacional en el artículo 17 fue regulado mediante el dictado de la Ley N° 11.723 que data del año 1933 en su redacción original, aunque se le han realizado con sucesivas modificaciones y reglamentaciones a través de distintos Decretos, su importancia radica porque resulta el marco normativo protectorio esencial de la Propiedad Intelectual, abarcando las producciones científicas, literarias y artísticas.

La Ley N° 11.723, cuenta con un objeto amplio en cuanto a la propiedad intelectual y particularmente el derecho de autor su ámbito de protección incluye de escritos de toda naturaleza, programas de computación, compilaciones de datos, obras dramáticas, musicales, cinematográficas, fotográficas y fonogramas, entre otras manifestaciones destacando que se ampara la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos, pero no dichas ideas, procedimientos o conceptos en sí mismos. El núcleo del derecho de propiedad intelectual reside en la facultad exclusiva del autor para disponer de la obra, publicarla, ejecutarla, representarla, exponerla públicamente, enajenarla, traducirla, adaptarla o autorizar su reproducción en cualquier forma.

Con respecto a la titularidad del derecho de autor y su extensión temporal, el elenco se compone por el autor de la obra, sus herederos o derechohabientes, y aquellos que realicen una nueva obra intelectual mediante traducción, refundición, adaptación, modificación o transporte con el permiso del autor. Resulta necesario destacar, que contiene una protección específica que se incorporó con el dictado de la Ley N° 25.036 que atañe a los programas de computación, cuya titularidad recae en las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes los hayan producido en el desempeño de sus funciones laborales, salvo acuerdo en contrario. Respecto a las obras anónimas o seudónimas, los derechos y obligaciones corresponden al editor, a menos que el autor demuestre su personalidad.

En cuanto a la duración, la regla general establece que la propiedad perdura durante toda la vida del autor y se extiende hasta setenta años a partir del primero de enero del año posterior al de su fallecimiento. Para las obras en colaboración, este plazo se com-

puta desde el primero de enero del año subsiguiente a la muerte del último colaborador. Las obras póstumas (incluyendo aquellas que el autor deja refundidas o corregidas de manera que merezcan considerarse nuevas) también gozan de setenta años desde el deceso. En contraste, las obras anónimas de instituciones o personas jurídicas se protegen por cincuenta años desde su publicación. Un régimen temporal específico aplica a los derechos conexos: tanto para la propiedad sobre las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas como para la propiedad sobre los fonogramas mismos, el plazo es de SETENTA (70) años contados desde el primero de enero del año posterior al de su publicación.

La Ley regula exhaustivamente los actos de explotación, incluyendo la colaboración y los contratos. En las obras colaborativas, los autores gozan de derechos iguales salvo convenio especial. En el ámbito cinematográfico, son considerados colaboradores y gozan de iguales derechos el autor del argumento, el productor y el director. No obstante, el productor tiene la facultad de proyectar la película, mientras que el autor del argumento y el compositor conservan el derecho exclusivo de publicar y ejecutar separadamente sus obras.

La normativa consagra excepciones al derecho autoral. Se permite la reproducción de una única copia de salvaguardia de un programa de computación por parte del licenciatario, la cual solo podrá usarse para reemplazar el ejemplar original si se pierde o deviene inútil. En el ámbito académico y científico, se autoriza la publicación de comentarios, críticas o notas, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases musicales, siempre que sean partes indispensables para el fin didáctico o científico.

Un área de significativa limitación es la relativa a los derechos de ejecución y representación en el ámbito educativo. La Ley exige del pago de derechos de autor y de intérpretes la representación, ejecución y recitación de obras publicadas en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanza con fines educativos, siempre que el espectáculo no se difunda fuera del lugar y la concurrencia sea gratuita.

En atención a los derechos de las personas con discapacidades sensoriales, se establece la exención del pago de derechos de autor y editores para la reproducción, distribución y puesta a disposición en formatos accesibles (tales como Braille, textos digitales o grabaciones de audio). Esta excepción aplica siempre que estos actos sean realizados por entidades autorizadas (organismos estatales o asociaciones sin fines de lucro con personería jurídica). Esta franquicia legal también ampara la importación y el intercambio transfronterizo de ejemplares accesibles.

El Registro Nacional de la Propiedad Intelectual (RNPI) es la institución clave para garantizar la publicidad y validez de los derechos. El depósito de tres ejemplares completos (o uno, si la edición es de lujo o limitada) es obligatorio para el editor dentro de los tres meses siguientes a la publicación. La omisión del depósito acarrea una multa. La falta de inscripción de una obra trae como consecuencia la suspensión del derecho del autor hasta que se realice la inscripción, momento en el cual se recuperan dichos derechos, si bien no afecta la validez de las reproducciones realizadas mientras la obra no estuvo inscrita. El RNPI debe inscribir todo contrato de edición, traducción, cesión y otros vinculados a la propiedad intelectual, siempre que las obras estén publicadas y el contrato no contravenga la ley.

Finalmente, la ley incluye un capítulo denominado "Las Penas" que sanciona la violación de los derechos de propiedad intelectual, remitiendo a la pena establecida por el Artículo 172 del Código Penal para la defraudación. Se consideran casos especiales de defraudación, castigados con la misma pena y el secuestro de la edición ilícita, la edición o reproducción sin autorización de obras inéditas o publicadas, la falsificación (ostentando el nombre falso del editor autorizado), la supresión o cambio doloso del nombre del autor o la alteración del texto, y la reproducción de un número mayor de ejemplares autorizados.

Específicamente para la piratería de fonogramas, se establece una pena de prisión de un mes a seis años para quien reproduzca un fonograma con fines de lucro sin autorización, facilite la reproducción ilícita mediante alquiler, o almacene o importe copias ilícitas sin poder acreditar su origen legítimo. En el ámbito procesal, los jueces pueden decretar medidas preventivas, como la suspensión de espectáculos o el embargo de obras denunciadas y del producto percibido. Finalmente, la Ley prevé un procedimiento civil con posibilidad de designar un jurado de idóneos para resolver sobre cuestiones técnicas o artísticas, y también permite que cualquier habitante denuncie ante el RNPI la mutilación o infidelidad de la obra una vez vencidos los plazos de protección.

V. Derecho de Autor e Inteligencia Artificial.

Habiendo presentado los antecedentes referidos a este fenómeno de la inteligencia artificial, con respecto al derecho de autor surgen distintos interrogantes, particularmente, en una de las funciones que resulta la inteligencia artificial generativa, que tiene la posibilidad de crear contenido de forma autónoma a través de patrones y datos preexistentes. La inteligencia artificial generativa hoy en día resulta capaz de realizar de forma autónoma todo tipo de obras y/o productos científicos, literarios, artísticos, melodías, pinturas, fotografías entre otras, utilizando información preexistente.

Los debates que hoy se dan, particularmente, es si la máquina puede ser registrada como autora de una obra, o no, o quien resulta ser el autor según la normativa actual que como se presentara, en la mayoría de los países salvo la Comunidad Europea, ni siquiera se encuentra regulada la inteligencia artificial de manera genérica.

No obstante ello, se presenta el interrogante sobre si una máquina puede ser registrada o no como autora de una obra, en esto, surgen varios inconvenientes tal como señaló que implicaría en primer lugar reconocerlos como personalidad jurídica autónoma que implicarían problemas y debates jurídicos que van más allá del derecho de autor (Moreno, 2024: p. 4).

En la actualidad la mayoría de las opiniones vertidas y la jurisprudencia internacional (caso *Thaler v. Perlmutter* en EE.UU.), tal como se presentó en líneas anteriores rechazan de forma unánime la posibilidad de adjudicar la autoría a un sistema de inteligencia artificial.

Nos enrolamos en las opiniones mayoritarias que determinan que no es posible reconocer el derecho de autor a un sistema de inteligencia artificial autónoma resultando jurídicamente inviable ya que en los antecedentes normativos internacionales tales como el Convenio de Berna, entre otros, como nuestro sistema normativo de protección establecido en la Ley N° 11.723 reconocen al ser humano como único ente para ser reconocido como autor, salvo el caso que se incorporó al artículo 4 mediante el dictado de la Ley 25.036 donde se determinó que se consideraban autores a las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación

hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario.

Ahora bien, como puede vislumbrarse la definición contenida en la Ley N° 11.723 presupone necesariamente la intervención humana en sentido estricto o una persona jurídica actuando bajo los términos del inciso d) para programas de computación por empleados bajo relación de dependencia.

Respecto a creaciones realizadas por sistemas de inteligencia artificial generativa y descartándose la posibilidad de reconocerse derecho de autoría al sistema de IA, una de las cuestiones a resolverse es quien resulta ser el autor de una creación efectuada mediante esta tecnología, particularmente, si el producto fue creado de manera autónoma por un sistema de inteligencia artificial generativa, por un lado encontramos a la empresa dueña y proveedora del sistema de IA, al programador del sistema o la persona humana que utilizando ese sistema realizó la creación del prompt que posibilitó que la IA realice ese producto, nos inclinamos, para reconocer a esta última por ser quien determinó la instrucción creativa a través de su intelecto que permitió la creación de ese producto.

No obstante, todo lo expuesto finalmente pensamos que resultaría necesaria además de impulsarse una legislación general sobre inteligencia artificial en nuestro país, específicamente respecto a la propiedad intelectual y el derecho de autor resulta necesaria una actualización normativa de la ley N° 11.723 que contemple estas situaciones de utilización de sistemas de IA que hoy se presentan en la actualidad y son utilizados para la creación de obras protegidas que constituyen el objeto de protección de esta norma.

VII. Conclusiones.

La regulación de la Inteligencia Artificial en la República Argentina es prácticamente inexistente, los antecedentes regulatorios que se impulsaron dan cuenta de un proceso ineficaz donde no se ha llegado a ningún puerto que implique contar con un sistema normativo adecuado de regulación y protección.

Resulta necesario concientizarse sobre la necesidad de promover un marco jurídico integral, robusto, exhaustivo que regule la Inteligencia Artificial de forma rigurosa. La regulación establecida por la Unión Europea, resulta el faro normativo ya que constituye un cuerpo normativo que ha regulado diversas cuestiones respecto a la IA y destacamos que determina un proceso de auditoría y clasificación de sistemas enfocados en matrices de riesgo.

En el diseño de nuestro sistema general de Inteligencia Artificial deben establecerse taxativamente criterios de transparencia, explicabilidad, trazabilidad, control humano, auditoría independiente y protección ante el sesgo algorítmico, así como la posibilidad de crear autoridades de aplicación y registros públicos obligatorios

El campo de la propiedad intelectual y el derecho de autor no es ajeno al proceso donde como fenómeno tecnológico la IA es utilizada para efectuar cualquier tipo de actividad y/o creación de cualquier tipo de producción científica, literaria, artística o didáctica. En ello resulta necesario adecuar nuestro sistema instaurado por la Ley N° 11.723 a los nuevos estándares que regulen la IA en relación al derecho de autor, requiriendo una reforma legislativa profunda para adaptar nuestro sistema de protección de los derechos de autor a las realidades de este siglo.

Referencias Bibliográficas

Doctrina.

- Congreso de la Nación (2025). "Dossier Legislativo-Inteligencia Artificial". Tomado de: <https://bcn.gob.ar/uploads/adjuntos/Dossier-312-legis-nacional-inteligencia-artificial-abr-2025.pdf>, fecha de consulta 29.09.2025
- Danesi, Cecilia (2021). "Influencia algorítmica e inmutabilidad de los Smart contacts: ¿cómo impactan estas tecnologías en la asimetría contractual?" Tomado de: <https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/04/54.-Cecilia-Celeste-Danesi-1270-1287.pdf>, fecha de consulta 29.09.2025
- Derecho de Autor (2021). "ABC sobre derecho de autor. Tomado de: https://www.derechodeautor.org.ar/wpcontent/uploads/2021/08/derechodeautor.org_ar_abc_2021-11-17.pdf fecha de consulta: 30.09.2025
- Edwards, Ernesto (2025). "Jurisprudencia internacional reciente en materia de inteligencia artificial generativa y derecho de autor". TR LALEY AR/DOC/1255/2025
- García, Vanesa (2023). "La Revolución de la Inteligencia Artificial". Tomado de: <https://revistabyte.es/tendencias-tic/inteligencia-artificial-10/>, fecha de consulta 01.09.2025
- Lamas, Facundo (2023). "Los derechos de autor en el constitucionalismo argentino". Tomado de: <https://revistas.ucalp.edu.ar/index.php/Perspectivas/articulo/download/331/293/1017>, fecha de consulta 01.09.2025
- Maguregui, Carina (2023). "Inteligencia artificial: de la ciencia ficción a la realidad". Tomado de: <https://www.educ.ar/recursos/159014/inteligencia-artificial-de-la-ciencia-ficcion-a-la-realidad> fecha de consulta 01.09.2025
- Morales, Opy (2025). "OpenAI desafía a la industria del entretenimiento con su nuevo modelo de derechos". Tomado de: <https://www.infobae.com/tecnologia/2025/09/30/openai-desafia-a-la-industria-del-entretenimiento-con-su-nuevo-modelo-de-derechos/>, fecha de consulta 30.09.2025
- Moreno, Adrián (2024). "Los derechos de autor en la era de la Inteligencia Artificial: el caso Silverman y OpenAI. Derecom, 35, 1-9", Tomado de: <http://www.derecom.com/derecom/> fecha de consulta 01.09.2025
- Núñez, Javier (2024). "Inventores mediante inteligencia artificial: ¿quién es el inventor?" TR LALEY AR/DOC/2406/2024
- ONPI (2016). "Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos". Tomado de: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf, fecha de consulta 30.09.2025
- Pascua Vicente, Silvia (2025). "EE.UU.: Un tribunal se pronuncia sobre la protección por el derecho de autor de una imagen creada con inteligencia artificial". Tomado de: <https://institutoautor.org/ee-uu-un-tribunal-se-pronuncia-sobre-la-proteccion-por-el-derecho-de-autor-de-una-imagen-creada-con-inteligencia-artificial>, fecha de consulta 30.09.2025
- Romero, Lucía (2023). "Cerca del 80 por ciento de las personas utiliza IA sin darse cuenta". Tomado de: <https://www.gaceta.unam.mx/cerca-del-80-por-ciento-de-las-personas-utiliza-ia-sindarsecuenta/#:~:text=Seg%C3%BAAn%20estudios%2C%20cerca%20del,parte%20est%C3%A1%20consciente%20de%20ello>, fecha de consulta 30.09.2025
- Salinas Islas, Danae (2024). "Cómo funciona la IA: todo lo que necesitas saber". Tomado de: <https://es.wix.com/blog/como-funciona-la-ia#viewer-wwunq35080>. fecha de consulta 30.09.2025
- Satariano, Adam; Mozur, P Paul (2025). "La brecha global de la inteligencia artificial". Tomado de: <https://www.infobae.com/america/the-new-york-times/2025/07/02/la-brecha-global-de-la-inteligencia-artificial/> fecha de consulta 30.09.2025

- UNESCO. (2021). "Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial". Tomado de: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137>. fecha de consulta 01.10.2025

Legislación.

- Constitución Argentina. Ley N° 24.430. B.O 03 de enero de Tomado de: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Ley N° 11.723. B.O 30 de septiembre de 1933. Régimen legal de la propiedad intelectual. Tomado de: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>
- Ley N° 25.326. Protección de Datos Personales. B.O. 4 de octubre de 2000. Tomado de: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/texact.htm>
- Ley N° 26.529. Derechos del Paciente B.O. 21 de octubre de 2009 Tomado de: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.h>
- Ley N° 27.506. B.O. 22 de mayo de 2019. (2019) Tomado de: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27506-324101/actualizacion>
- Decisión Administrativa N° 899/24. B.O 20 de septiembre de 2024. (2024) Tomado de: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/314465/20240924>
- Presidencia de la Nación. (2019). Plan Nacional de Inteligencia Artificial Tomado de: <https://oecd-opsi.org/wp-content/uploads/2021/02/Argentina-National-AI-Strategy.pdf>
- Ministerio de Salud y Desarrollo Social. B.O 30 de octubre de 2018. (2018). Estrategia Nacional de Salud Digital 2018-2024 Resolución N° 189/2018 RESOL-2018-189-APN-SGS#MSYDS. Tomado de: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/315832/norma.htm>
- Subsecretaria de Tecnologías de la Información de la Jefatura de Gabinete de Ministros. (2023). B.O 01 de Junio de 2023. Recomendaciones para una Inteligencia Artificial Fiable.
- Disposición N° 02/23 DI-2023-2-APN-SSTI#JGM. Tomado de: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/287679/20230602>
- Agencia de Acceso a la Información Pública. (2023). B.O 04 de septiembre de 2023. Resolución 161/2023. Tomado de: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-161-2023-389231/texto>
- Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de junio de 2024. (2024). Tomado de: <https://artificialintelligenceact.eu/article/113/>

Perspectivas sobre la mujer gestante en la gestación por sustitución en Argentina, según la doctrina nacional

Perspectives on the surrogate mother in Argentina, according to national doctrine

Sebastián Sandoval Junyent¹ María Victoria Minetto Vázquez²

RESUMEN:

La gestación por sustitución es un tema complejo y controvertido que genera intensos debates en el ámbito legal, ético y social. En Argentina, la falta de una regulación específica ha llevado a la jurisprudencia y a la doctrina a intentar dar respuesta a los numerosos interrogantes que a diario plantea esta práctica. El presente artículo tiene como objetivo describir los diferentes análisis y perspectivas existentes en la doctrina argentina con respecto a la mujer gestante en la gestación por sustitución, identificando los puntos de acuerdo y desacuerdo entre los autores, así como los tópicos que algunos analizan y otros no.

ABSTRACT

Gestational surrogacy is a complex and controversial issue that generates intense debates in the legal, ethical, and social spheres. In Argentina, the lack of specific regulation has led jurisprudence and doctrine to attempt to answer the many questions posed by this practice. The present article aims to describe the different analyses and perspectives existing in the Argentine doctrine with respect to the gestational carrier in gestational surrogacy, identifying the points of agreement and disagreement between the authors, as well as the topics that some analyze and others do not.

1 Abogado litigante, Especialista en Derecho Sanitario, Investigador de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal. Nro. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9179-8294>

2 Doctoranda en Derecho (UBP); Abogada (UBP); Martillera y Corredora Pública (UBP); Diplomada en Derecho Procesal Civil (UBP); Asistente Instructora en Procesos Orales del Juzgado de 1ª Inst. Civ. Com. Concil. 1ª Nom. Sec 2 de la ciudad de Bell Ville, Provincia de Córdoba. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5142-2869>. Este artículo forma parte del Proyecto I+D de la Universidad Blas Pascal "Dilemas jurídicos en torno a la gestación subrogada" (318-20230731-97) dirigido por la Prof^a. Dra. Claudia E. Zalazar y el Prof. Dr. Gonzalo G. Carranza.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución; TRHA; Mujer gestante; Vulnerabilidades; Necesidad de Protección.

KEYWORDS: Gestational surrogacy; HRT; Pregnant woman; Vulnerabilities; Need for protection.

I. Puntos en Común entre los Autores

1. Voluntariedad e Información.

Los autores expresan *“lo comprometida que es la situación de la gestante al someter su cuerpo a la práctica médica para llevar adelante el embarazo con los consiguientes riesgos y comportamientos que se asumen sin estar debidamente informada de sus consecuencias jurídicas. En la mayoría de las autorizaciones judiciales no se tienen en cuenta las cláusulas de los contratos entre el o los comitentes y la mujer gestante”* (AZPIRI, Jorge O. 2023). En consecuencia, existe consenso en que la mujer gestante debe tomar su decisión de manera autónoma y voluntaria, contando con información completa sobre los aspectos de salud, legales, derechos y deberes y la situación del niño por nacer. *“El consentimiento informado se considera esencial para la validez de cualquier acuerdo”* (GÓMEZ HAISS, Dante D. (s.f.). *Gestación por sustitución. Necesaria existencia de una ley especial en la Argentina. Primera parte.*)

2. Asesoramiento Psicológico y Médico.

“La gestante puede requerir asistencia psicológica en forma previa, durante el embarazo y con posterioridad al parto ya que se trata de una práctica que resultará novedosa para ella y para la cual debe estar debidamente preparada” (AZPIRI, Jorge O. 2023). Ello así, que *“se destaca la necesidad imperiosa de que la misma reciba apoyo psicológico desde el inicio al fin de la práctica, así como acompañamiento médico adecuado”* (BURGUÉS, Marisol B., & VÁZQUEZ ACATTO, Mariana (2016). *Hermenéutica de la gestación por sustitución en la Argentina: El clamor de su regulación. Primera parte.*)

3. Altruismo vs. Compensación Económica.

Existe un debate sobre si la gestación por sustitución debe ser altruista o si la gestante debe recibir una compensación económica. Algunos autores consideran que *“la compensación económica puede ser una forma de mitigar la vulnerabilidad de la mujer”* (GÓMEZ HAISS, Dante D. (s.f.). *Gestación por sustitución. Necesaria existencia de una ley especial en la Argentina. Primera parte*), mientras que otros *“temen que esto pueda conducir a la mercantilización del cuerpo femenino”* (MARRAMA, Silvia (2022). *Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos.*)

Hay autores plantean que debe tenerse en cuenta la situación laboral de la gestante, por un lado, si la misma se encuentra trabajando en relación de dependencia no habría inconvenientes ya que se encontraría amparada por las leyes laborales que protegen la maternidad. Situación diferente se da si la gestante trabaja de forma independiente y se ve imposibilitada de obtener sus ingresos por complicaciones en el transcurso del embarazo que la obliguen a guardar reposo o bien en el período pre y post parto, surge la cuestión acerca de si la comitente debe o no resarcir ese lucro cesante. Si la respuesta es negativa la gestante habrá sufrido una disminución de sus ingresos como consecuencia del embarazo lo que no parece razonable. Por el contrario, si se admite el resarcimiento

del lucro cesante resulta atinado sostener que, en principio, ello no cambia la naturaleza gratuita de la intervención de la gestante. Sin perjuicio de ello, *“otro punto a tener en cuenta es la cantidad que recibirá la misma en concepto de lucro cesante”* (AZPIRI, Jorge O. 2023).

4. Protección de la Salud.

Los autores enfatizan la *“importancia de proteger la salud física y psicológica de la mujer gestante durante todo el proceso”* (GÓMEZ HAISS, Dante D. (s.f.). *Gestación por sustitución. Necesaria existencia de una ley especial en la Argentina. Primera parte*). Subrayan los doctrinarios que la misma ignora al momento de celebrar el acuerdo si la práctica médica le va a ocasionar riesgo para su salud, porque es imposible anticipar las complicaciones que son relativamente habituales en los embarazos. Inclusive pueden quedar secuelas temporarias o irreversibles como consecuencia del embarazo y del parto que la gestante no está en condiciones de prever. Tampoco conocerá la gestante en forma anticipada ni la medicación, ni la frecuencia ni el tiempo durante el cual debe hacerlo. En este caso, se asume un compromiso desconociendo el alcance de dicha obligación. Asimismo, *“puede suceder que en el momento del parto se presenten complicaciones de tal gravedad que sea necesario decidir entre la vida de la madre y la de la persona por nacer. Habitualmente esta decisión queda en cabeza de la propia gestante o de sus familiares más cercanos si ella no está en condiciones de manifestar su voluntad”* (AZPIRI, Jorge O. 2023).

5. Derecho a Revocar el Consentimiento.

Algunos autores señalan la importancia de que la gestante tenga la posibilidad de revocar su consentimiento durante un tiempo prudencial después del parto.

6. Interés Superior del Niño.

Se coincide en que, al analizar *“la gestación por sustitución, siempre se debe priorizar el interés superior del niño”* (CARBÓ, Carolina (2022)). La imperiosa necesidad de readecuar la licencia por maternidad de la Ley de Contrato de Trabajo).

II. Puntos de Desacuerdo entre los Autores

1. Naturaleza del Acuerdo.

Existe debate sobre la licitud y moralidad de los acuerdos de gestación por sustitución, especialmente si la gestante recibe dinero. Algunos autores ven estos *“acuerdos como inmorales y una forma de explotación de la mujer”* (GÓMEZ HAISS, Dante D. (s.f.). *Gestación por sustitución. Necesaria existencia de una ley especial en la Argentina. Primera parte*), mientras que otros los consideran *“válidos si se cumplen ciertos requisitos y se protegen los derechos de todas las partes involucradas”* (MARRAMA, Silvia (2022)). Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos).

2. Maternidad.

En este aspecto, se pone de manifiesto que la gestante renuncia a su maternidad, disponiendo anticipadamente y de manera irrevocable de su emplazamiento familiar respecto del hijo por nacer. Cabe referenciar que el estado de familia es inalienable, irrenunciable e inherente a la persona por lo que se viola con este pacto un elemento esencial que hace al derecho de familia en el art. 562 del CCCN. Que ha sido declarado inconstitucional por los fallos que hicieron lugar a la gestación por sustitución debido a que se considera violatorio de derechos constitucionales de la comitente (AZPIRI, Jorge O. 2023).

Por otro costado, no existe consenso respecto a si la gestación o la genética tienen mayor importancia. Algunos sostienen que *"la relación afectiva durante el embarazo es más significativa que la contribución genética"* (HERNÁNDEZ, Natalia (2017). Hijos propios en vientres ajenos. Aportes para (re)pensar la indispensable regulación de la gestación por sustitución en la Argentina).

3. Cosificación.

Algunos autores argumentan que la gestación por sustitución implica una cosificación de la mujer, convirtiéndola en una *"incubadora humana"* (MARRAMA, Silvia (2022). Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos). Otros no están de acuerdo, especialmente si el *"acuerdo es voluntario, libre y basado en el altruismo"* (GÓMEZ FRANCO, Candela (2022). Análisis de la gestación por sustitución en el derecho internacional privado y el ordenamiento interno).

4. Regulación Permisiva.

Existe controversia sobre si se debe permitir la gestación por sustitución, y bajo qué condiciones. Algunos autores abogan por una *"regulación estricta para proteger los derechos de la gestante y evitar la mercantilización"* (DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (s.f.)), mientras que otros se oponen a cualquier forma de legalización (GÓMEZ FRANCO, Candela (2022). Análisis de la gestación por sustitución en el derecho internacional privado y el ordenamiento interno).

III. Tópicos que Algunos Autores Analizan y Otros No

1. Riesgos para la Salud.

Algunos autores mencionan los riesgos para la salud física y mental de la mujer gestante, incluyendo los tratamientos médicos invasivos, *"las posibles complicaciones del embarazo y el impacto psicológico de entregar el bebé"* (MARRAMA, Silvia (2022). Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos).

2. Impacto en los Hijos de la Gestante.

Una parte de la doctrina considera el *"impacto emocional que la gestación por sustitución puede tener en los hijos de la mujer gestante"* (BURGUÉS, Marisol B., & VÁZQUEZ ACATTO, Mariana (2016). Hermenéutica de la gestación por sustitución en la Argentina: El clamor de su regulación. Primera parte).

3. Vulnerabilidad Socioeconómica.

Algunos autores destacan que *"las mujeres que se ofrecen como gestantes a menudo se encuentran en una situación de vulnerabilidad económica, lo que puede influir en su decisión"*. (MARRAMA, Silvia (2022). Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos).

4. Derecho a la Intimidad.

Se menciona la renuncia al *"derecho a la intimidad y confidencialidad médica que se exige a la mujer gestante en algunos contratos"*. (MARRAMA, Silvia (2022). Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares

en derechos humanos). Determinados autores expresan que *“a través de los controles médicos a los que debe someterse la gestante como así también que sus resultados sean compartidos con la comitente, implican una vulneración de su intimidad médica”* (AZPIRI, Jorge O. 2023).

5. Cobertura de Obras Sociales y Prepagas.

Una parte de los doctrinarios analiza si *“los costos de la gestación por sustitución deberían ser cubiertos por las obras sociales y las empresas de medicina prepaga”* (QUAINI, Fabiana M. (2021). ¿La gestación por sustitución, debiera ser cubierta por las obras sociales y las prepagas en Argentina?).

En este aspecto hay autores que sostienen que una gestación por sustitución es muy diferente a un proceso tradicional de Técnica de Reproducción Humana Asistida en cualquier otra situación ya que en este caso interviene una tercera persona, y ello requiere la intervención necesaria de un psicólogo con experiencia y formación, así como de abogados que expliquen a las partes en que se están involucrando y que estas lo entiendan. También se requieren estudios más específicos que los que se harían a cualquier pretensa madre, justamente por tratarse de una mujer que no será la madre del niño por nacer. Entonces, ¿qué sucede con la cobertura de la gestante desde lo económico, si debe dejar de trabajar por su embarazo, si pierde algún órgano o su propia vida? ¿qué seguros se pueden sacar? ¿quiénes deben ser sus beneficiarios?. Se referencia que, *“por no estar esta práctica nombrada en el Programa Médico Obligatorio (PMO), se judicializará cada vez más”* (QUAINI, Fabiana M., 2021- ¿La gestación por sustitución, debiera ser cubierta por las obras sociales y las prepagas en Argentina?).

IV. Necesidad de una Ley Específica.

Algunos autores resaltan *“la necesidad de una ley especial en Argentina que regule la gestación por sustitución, protegiendo los derechos de todas las partes involucradas y abordando los vacíos legales existentes”* (GÓMEZ HAISS, Dante D. (s.f.). *Gestación por sustitución. Necesaria existencia de una ley especial en la Argentina. Primera parte*; Gómez Franco, Candela (2022). Análisis de la gestación por sustitución en el derecho internacional privado y el ordenamiento interno). Ésta necesidad impostergable de contar con un marco legal en nuestro país otorgaría respuestas eficaces y garantizaría los derechos humanos y fundamentales de todas las personas intervinientes en este procedimiento, debiendo redoblar los esfuerzos para proteger principalmente a quienes se encuentran en una *“especial condición de debilidad jurídica: las mujeres, quienes deciden ofrecer su capacidad gestacional con fines humanitarios, como asimismo los niños y niñas nacidos como consecuencia de esta práctica”* (HERNÁNDEZ, Natalia 2017).

V. Análisis de Fallos Judiciales.

Algunos autores analizan fallos judiciales relacionados con la gestación por sustitución en Argentina, destacando los argumentos utilizados por los jueces para resolver estos casos (MARRAMA, Silvia (2022). Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos).

Del análisis realizado surge que los doctrinarios subrayan algunas decisiones judiciales que le dan importancia al consentimiento informado de la mujer gestante y su derecho a recibir información médico-legal sobre sus derechos en relación con el embarazo y el trabajo de parto; otros en que se debate si se le debe pagar a la gestante por un servicio o

si se trata de un contrato inmoral, de objeto prohibido por cuanto se estaría vendiendo a un hijo; otros en los que se considera la posibilidad de que los acuerdos de gestación por sustitución sean admitidos cuando no responden a fines lucrativos, se celebran en forma gratuita, con fines altruistas y encuentran su fundamento en el principio de solidaridad familiar o afectiva; en otros se tienen en cuenta consideraciones sobre la hija biológica de la gestante y cómo es asumida la gestación por los hijos/as de la gestante.

VI. Legislación Comparada.

Algunos autores examinan cómo se regula la gestación por sustitución en otros países, incluyendo los requisitos y restricciones que se imponen (DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (s.f.).

VIII. Conclusión

Estimamos que la supresión de la Gestación por Sustitución (GpS) del Código Civil y Comercial de la Nación constituye la pérdida de una valiosa oportunidad para brindar seguridad jurídica para todos los sujetos implicados en la práctica, sin perder de vista que dentro de la práctica y a nuestro parecer nos encontramos con sujetos más vulnerables que otros.

La omisión regulativa de la gestación por sustitución no impide que en Argentina se pueda concretar dicha práctica, la que se logra con la intervención del poder judicial. Entendemos que existe una necesidad impostergable de contar con un marco legal capaz de otorgar respuestas eficaces y garantizar los derechos humanos y fundamentales de todas las personas intervinientes en este procedimiento.

La doctrina argentina presenta una diversidad de opiniones con respecto a la mujer gestante en la gestación por sustitución. Si bien existe consenso en algunos puntos, como la necesidad de proteger su salud y garantizar su consentimiento informado, persisten importantes desacuerdos en otros, como la licitud de los acuerdos remunerados y la conveniencia de una regulación permisiva. La ausencia de una ley específica en Argentina genera incertidumbre y dificulta la protección de los derechos de todas las partes involucradas. Resulta imperioso que el legislador aborde esta problemática de manera integral, teniendo en cuenta las diferentes perspectivas existentes y priorizando el interés superior del niño.

Cabe destacar que no se tienen en cuenta los derechos e intereses de la mujer gestante, y que las cláusulas relativas a las obligaciones y responsabilidades de ambas partes suelen ser poco claras o violan la ley.

Por último y frente a este contexto de vacío legislativo, y al mismo tiempo, contradicción normativa, se deriva que, en todos los casos en los que las personas acuden a la gestación por sustitución en nuestro país, la filiación debe ser determinada judicialmente, quedando en consecuencia, a criterio del juez el reconocimiento de la filiación en cabeza de los comitentes.

Referencias Bibliográficas

- ALBORNOZ, María Mercedes y López González, Francisco - "Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos". (2017).
- AZPIRI, Jorge O. - "Maternidad subrogada. El contrato entre la comitente y la gestante. ¿El fin justifica los medios?" - LA LEY (2023).
- BARON, Luisa - "Maternidad subrogada: aspectos emocionales de la pareja, la madre subrogada y el niño nacido". Publicado en RDF, Ed. AbeledoPerrot, (2014).
- BERGER, Sabrina M. - "Maternidad subrogada: fallo argentino a favor". LA LEY (2013).
- BOSSERT, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo - "Régimen legal de filiación y patria potestad". Publicado por Ed. Astrea, Buenos Aires (1985).
- BRANDONE, María Mercedes - "Gestación por sustitución: ante la ausencia de regulación, ¿cuál es la maternidad jurídicamente relevante?". Publicado en RDFyP, 2016-1, Ed. La Ley, Buenos Aires." (2016).
- CAMACHO, Javier M. - "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores", (2009).
- CARBÓ, Carolina - "La imperiosa necesidad de readecuar la licencia por maternidad de la Ley de Contrato de Trabajo". (LA LEY, 2022).
- FAMÁ, María Victoria - "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación". (LA LEY, 2011).
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. - "Derecho internacional privado. Parte especial". Publicado por Ed. Universidad, Buenos Aires, (2000).
- GÓMEZ FRANCO, Candela - "Análisis de la gestación por sustitución en el derecho internacional privado y el ordenamiento interno". Publicado en RCCyC., (abril 2022).
- HERNÁNDEZ Natalia; 2017 - "Hijos propios en vientres ajenos. Aportes para (re)pensar la indispensable regulación de la gestación por sustitución en la Argentina". LA LEY, (2012).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa - "Regulación de la gestación por sustitución". LA LEY, (2012).
- KRASNOW, Adriana N. y PITASNY, Tatiana - "Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el Código Civil y Comercial", (diciembre 2015).
- LAMM, Eleonora - "Una vez más sobre gestación por sustitución: porque la realidad sigue exigiendo legalidad", (2016).
- MARRAMA, Silvia - "Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos". Publicado en LA LEY (mayo 2022).
- MIGNON, María Belén - "Gestación por sustitución: vigilar y castigar o regular acercando el derecho a la realidad en pos del interés superior del niño". Publicado en RDF, Jurisprudencia, 9, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, (2015).
- QUAINI, Fabiana M. - "¿La gestación por sustitución, debiera ser cubierta por las obras sociales y las prepagas en Argentina?". (Agosto 2021).
- ROTHER, Kevin - "La gestación por sustitución: Una mirada desde la Ley y el Derecho". Publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración, 2, IJ Editores, Buenos Aires, (julio 2015).
- VAQUERO PINTO, María José - "Retos actuales de la filiación" "¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?", (2018)
- WEINBERG, Inés M. - "Derecho internacional privado". Publicado por Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, (2011).
- ZANNONI, Eduardo A. - "Derecho civil. Derecho de Familia". Publicado por Ed. Astrea, Buenos Aires, (1998).

El refugio por violencia de género como desafío en el derecho internacional privado: tensiones entre protección internacional y legislación interna

Shelter for victims of gender-based violence as a challenge in private international law: tensions between international protection and domestic legislation

Ana Paz Scocco¹ Maria del Milagro Perez²

RESUMEN:

En la actualidad, la normativa argentina no prevé como causal para la solicitud de refugio, la violencia de género. Sin embargo, existe un alarmante aumento de situaciones en las cuales, como consecuencia de violencias machistas, las mujeres se ven obligadas a abandonar su país de origen en busca de protección en otros Estados. En esta línea, países europeos y latinoamericanos, en consonancia con la realidad actual, conceden el estatuto de refugiadas a las mujeres víctimas de violencia de género.

ABSTRACT

Currently Argentine legislation does not recognize gender-based violence as grounds for granting refugee status to migrant women. Nevertheless, there's a worrying increase of situations in which, due to gender-based violence, many women are forced to flee their countries of origin in search of protection in other countries. In response to this reality, several European and Latin American countries have begun to acknowledge the issue and now grant refugee status to women who are victims of gender-based violence.

1 Abogada (UNC), Maestranda en Derecho Internacional Privado (UBA), Profesora Adscripta en Derecho Internacional Privado (UNC Y UES21). Directora de proyecto de investigación sobre mujeres migrantes (UES21). Correo electrónico: apscocco@gmail.com ORCID: 0009-0006-7480-7781

2 Abogada (UNC), Maestranda en Derecho Internacional Privado (UBA), Profesora Adscripta en Derecho Internacional Privado (UNC Y UES21). Co-Directora de proyecto de investigación sobre mujeres migrantes (UES21). Correo electrónico: milagroperez98@gmail.com ORCID: 0009-0006-3370-2190

PALABRAS CLAVE: Mujeres migrantes, perspectiva de género, violencia machista, Instrumentos Internacionales, refugio.

KEYWORDS: Migrant women, gender perspective, gender-based violence, International Instruments, refuge.

I. Introducción

De acuerdo a la información brindada por la Organización Internacional para las Migraciones OIM-ONU *"las mujeres representan el 48 % de los migrantes internacionales a nivel mundial y cada vez son más las que migran solas, situación que ha dado lugar al término conocido como la feminización de la migración."*³

Las razones por las cuales las mujeres deciden migrar son diversas, entre ellas versan la búsqueda de nuevos horizontes laborales o académicos, la reunificación familiar, entre otros. Sin embargo, no escapan de aquellas las mujeres que se ven obligadas a migrar por ser víctimas de violencia de género.

Aunque la violencia de género es reconocida en numerosos instrumentos legales nacionales e internacionales, la realidad en Argentina revela una disonancia significativa entre el panorama de protección internacional y la protección legal interna que se les brinda. En particular, el marco jurídico migratorio argentino no incorpora de forma explícita la violencia de género como causal de refugio, ni reconoce adecuadamente la persecución por motivos de género —incluyendo cuando los agresores son actores no estatales— como fundamento para solicitar asilo o refugio.

Este trabajo propone analizar críticamente la política migratoria y legislativa del instituto del refugio en Argentina. Se tendrá como foco el interrogante de hasta qué punto la ausencia de una causal legal basada en la violencia de género deja desprotegidas a mujeres migrantes que son perseguidas en su país de origen. Se realizará además un análisis comparado con otros sistemas jurídicos que sí contemplan la violencia por motivos de género como fundamento para solicitar el refugio, con el fin de identificar posibles reformas o interpretaciones armónicas que permitan al ordenamiento argentino adaptarse a las realidades contemporáneas y cumplir con sus compromisos internacionales, como es la protección de los derechos humanos.

II. Protección internacional y género

En materia de estándares internacionales, la Argentina ha adherido a diversos tratados que resultan centrales para desarrollar criterios interpretativos que amparen a las mujeres víctimas de violencia de género que solicitan refugio en el país. En este punto es doble siempre recordar que, a partir de la reforma constitucional de 1994, en Argentina los tratados internacionales gozan de jerarquía constitucional, es decir, son superiores a las leyes internas. A partir de esto, es que la legislación argentina no solo no puede contradecir la letra y el espíritu de estos tratados, sino que, además, debe estar en consonancia con ellos. Por parte de los tribunales argentinos, ellos deben indefectiblemente aplicar los tratados en el caso concreto cuando resulten de aplicación, y deben juzgar teniendo en miras los principios rectores consagrados en dichas convenciones.

3 Organización Internacional para las Migraciones. (s. f.). Género y migración. Recuperado de <https://lac.iom.int/es/genero-y-migracion>

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada en 1979, constituye un marco integral para la erradicación de la discriminación por razón de género. Argentina la ratificó en 1985 mediante la Ley 23.179. La CEDAW en su primer artículo define la expresión "discriminación contra la mujer" como aquella distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Además de su articulado, que impone a los Estados parte la obligación de adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo y de otra índole para eliminar la discriminación contra la mujer, la CEDAW ha sido complementada por Recomendaciones Generales, emitidas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Dichas recomendaciones tienen como finalidad guiar a los estados parte en la implementación de las obligaciones a las que han asumido en el marco del convenio, tanto en su derecho interno como en sus políticas públicas.

En particular, resulta pertinente comentar la Recomendación General N° 32 que aborda de manera específica las cuestiones de género en los procedimientos de asilo y refugio. En este documento se detalla que las formas de persecución vinculadas con el género, son formas de persecución direccionadas en contra de mujeres por el hecho de ser mujeres o que las afectan desproporcionadamente. Dentro del concepto "formas de persecución vinculadas al género" encontramos, la mutilación genital femenina, matrimonios forzados, tráfico de mujeres, ataques con ácidos, violaciones sexuales, violencia doméstica, esterilización forzada, persecución política por ser feminista, entre otros.

La recomendación aclara que las violaciones a los derechos de las mujeres, pueden ser causadas por agentes estatales y no estatales. A partir de esto, ¿qué debe entenderse por agentes no estatales? Entendemos que, en materia de género, es fundamental siempre mantener una interpretación amplia de los conceptos. Por ello, concluimos que en el concepto "agentes no estatales" quedan abarcados no solo ciertos grupos, como pueden ser grupos terroristas, sino también individuos, como sería el caso de una mujer que escapa de su país porque sufre violencia de género en manos de su pareja y dicho estado falla en brindarle protección.

En el punto número 10 de la mencionada recomendación, se hace específica mención al hecho de que las provisiones de igualdad de género, están ausentes tanto de la Convención de 1951 como de su Protocolo y que por ello resulta inminente que existan documentos como estos para completar y garantizar una protección legal internacional.

Ahondando en los tecnicismos jurídicos, el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 establece que las razones por las que una persona es perseguida, tienen que estar vinculadas a alguno de los cinco criterios enunciados y ellos son: raza, religión, nacionalidad, miembro de determinado grupo social u opinión política. Es evidente, la persecución en razón de género no está enumerada como criterio para solicitar el refugio. Es a partir de dicha acefalía, que la recomendación busca asegurar que los estados parte de la CEDAW apliquen la perspectiva de género a la hora de interpretar los cinco criterios enunciados en la ley. Pero la recomendación no se queda solo allí, sino que va más allá introduciendo

do una premisa novedosa. Sostiene así que el género debe ser tenido como un factor para reconocer que las mujeres víctimas de violencia quedan amparadas dentro del criterio "pertenencia a determinado grupo social". Esta interpretación es fundamental en el análisis del instituto, ya que permite a los operadores jurídicos locales amparar a las víctimas de violencia de género extranjeras que buscan refugio, dentro del marco de la Convención de 1951. La recomendación concluye el apartado afirmando "*la definición en la Convención de 1951, interpretada correctamente, abarca las solicitudes de estatus de refugiado en virtud de cuestiones de género*".⁴

En consonancia con dicha Recomendación, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) emitió directrices en 2002 que establecen que la persecución por motivos de género puede constituir una forma de persecución bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951. Estas directrices tienen como finalidad influir en la interpretación que los gobiernos, legisladores, jueces y practicantes del derecho hacen sobre el estatuto del refugiado.

En su primer punto, la directiva invita a interpretar la definición de refugiado contenida en el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 desde una perspectiva de género y procede a enunciar cuáles son las formas de violencia que pueden sufrir las víctimas.

Siguiendo la misma línea que la Recomendación número 32 en el marco de la CEDAW, la directriz del ACNUR, sostiene que "*aunque la cuestión de género no está literalmente enunciada en la definición de refugiado, es ampliamente aceptado que puede influenciar el tipo de persecución o daño sufrido*"⁵ por la víctima. Es por ello que "*la definición de refugio, debidamente interpretada, cubre los pedidos en razón de género. A partir de ello, no es necesario agregar un criterio más, por motivos de género, a la convención de 1951*"⁶

Dentro de su articulado legal, Argentina también cuenta con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará. Fue adoptada en 1994 y ratificada por Argentina en 1996 mediante la Ley 24.632. Este instrumento reconoce la violencia de género como una violación de los derechos humanos y establece obligaciones positivas para los Estados en materia de prevención, sanción y reparación. Resulta particularmente relevante su artículo 9, que dispone que los Estados parte deben prestar especial atención a la situación de vulnerabilidad de mujeres que pueden ser víctimas de violencia en razón, entre otras, de su condición de migrantes, refugiadas o desplazadas. Esta disposición refuerza la necesidad de que las políticas de refugio en Argentina incorporen una perspectiva de género sensible a las múltiples formas de vulnerabilidad que atraviesan las solicitantes de protección internacional.

III. Análisis del art. 53 de la ley 26.165

La ley 26.165 en su art. 53 reza: "**ARTICULO 53. — La Comisión procurará cuando se tratara de mujeres o menores en especial si no están acompañados, que hubieren sido víctimas de**

4 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2014). Recomendación general núm. 32 sobre las dimensiones de género relacionadas con el estatuto de refugiado, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres (CEDAW/C/GC/32). Naciones Unidas. <https://docs.un.org/es/CEDAW/C/GC/32>

5 ACNUR. (2002). Directrices sobre protección internacional: persecución por motivos de género en el marco del artículo 1A(2) de la Convención de 1951. ACNUR. <https://www.acnur.org/buenas-practicas>

6 ACNUR. (2002). Directrices sobre protección internacional: persecución por motivos de género en el marco del artículo 1A(2) de la Convención de 1951. ACNUR. <https://www.acnur.org/buenas-practicas>

violencia, la atención psicológica especializada de los mismos, y durante el procedimiento, se observará las recomendaciones del ACNUR formuladas en las Guías para la protección de mujeres refugiadas y las directrices sobre persecución por motivos de género. En caso de los menores se tendrá en cuenta las directrices sobre su protección y cuidado dando cuenta a los organismos con responsabilidad primaria en políticas dirigidas a grupos vulnerables a los fines de una solución eficaz, rápida y de contención efectiva a dichas personas.”

El artículo establece cómo debería brindarse atención a las mujeres que inician el proceso de solicitud de refugio en nuestro país cuando han sido víctimas de violencia. Sin embargo, su redacción presenta varios puntos cuestionables. En primer lugar, habría sido pertinente que la norma incorporara expresamente la violencia de género como causal para acceder a dicha atención. Esto no solo permitiría visibilizar con mayor precisión la problemática, sino también evitar interpretaciones generalizantes. La ley alude a la violencia, pero no especifica de qué tipo, lo que puede generar vacíos o ambigüedades en su aplicación.

Asimismo, entendemos que el apoyo previsto por el artículo, en la práctica, queda desdibujado o directamente en desuso. Ello se debe, en primer lugar, al lenguaje utilizado. No se constata en ningún apartado la obligación estatal de brindar apoyo a las mujeres víctimas. En segundo lugar y en sentido similar, no brinda plazos, lo cual contribuye a que en la práctica no se implemente correctamente. Sumado a ello, el artículo no cuenta con una perspectiva interseccional clara (condiciones de etnia, clase, entre otras). Una regulación más eficaz hubiera sido aquella que incorporara algún tipo de protección específica basada en la causal de violencia, lo que permitiría abordar no solo el daño directo sufrido por la mujer, sino también los delitos conexos que pueden derivarse de esa situación, como el femicidio.

IV. Refugio con perspectiva de género en Argentina

En Argentina, la Ley 26.165 de 2006 establece el régimen jurídico para el reconocimiento y protección de las personas refugiadas.

“ARTÍCULO 1º — La protección de los refugiados se regirá por las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos aplicable en la República Argentina, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, así como por cualquier otro instrumento internacional sobre refugiados que se ratifique en lo sucesivo y por lo que dispone la presente ley.

ARTÍCULO 4º — A los efectos de la presente ley, el término refugiado se aplicará a toda persona que:

a) Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él.

b) Ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas

por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”

Sería muy grato tener dentro de nuestro derecho interno una ley, o una reglamentación, que haga especial referencia a la cuestión de género. Si bien con la interpretación armónica que se debe hacer entre la ley argentina y los tratados internacionales que Argentina ha suscrito no quedan dudas de que la violencia de género queda incorporada como criterio dentro del instituto del refugio, consideramos que su mención específica, supone un paso más en la protección este grupo minoritario, las mujeres, más aún, las mujeres migrantes.

Aunque la ley no menciona explícitamente la persecución por motivos de género, la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) toma las solicitudes de refugio de dichas víctimas y luego se le da trámite mediante una comisión que se reúne una vez al mes, en donde cada solicitud es analizada de forma pormenorizada. Dicha comisión es interdisciplinaria y está integrada por organismos de diversa índole, como son el Ministerio de Justicia, Ministerio de Capital Humano, Ministerio del Interior, Cancillería de la Nación, ACNUR, Ministerio de Seguridad, CONARE, entre otros. En cada reunión, entre 30 y 40 casos de refugio son estudiados y se decide si otorgar o denegar dicho beneficio migratorio.

V. Caso práctico de la Dirección Nacional de Migraciones de Argentina

En la práctica, hacer una interpretación amplia de la ley argentina en cuanto al refugio, es controversial. A diario, ello es considerado “forzar la ley” o hacer que la ley diga lo que uno quiere que diga. En Argentina se sostiene que el espíritu del instituto legal del refugio es el de preservar a una persona por una vulneración que un Estado le causa, no por lo que un particular le causa a otro, como es el caso de la violencia de género.

A partir de ello es que, en la Dirección de Migraciones, se suele hacer lugar a las solicitudes de refugio cuando la violencia de género fue perpetrada por un Estado en contra de una mujer, no así cuando fue perpetrada por un particular, como ser un grupo o un individuo en específico, una pareja por ejemplo.

Vemos así que, si bien las recomendaciones y directrices internacionales mencionadas supra hacen especial énfasis en que pueden solicitar refugio aquellas personas que hayan sufrido violencia de género por parte de actores estatales y no estatales, y que, dentro de la segunda categoría, pueden ser un grupo o un individuo, la línea de actuación de los organismos argentinos nacionales no sigue esta interpretación. Esto es así porque se considera que la ley no está redactada de esa manera y no es el espíritu del derecho internacional.

Existió un caso de una nacional italiana, que llegó a Córdoba, Argentina con sus dos hijos, alegando ser víctima de violencia de género por parte de su pareja y padre de sus hijos. En este caso, la primera cuestión a determinar fue que si bien la mujer italiana traía consigo muchos elementos probatorios, el diligenciamiento de los mismos resultaba desafiante para la agencia migratoria argentina. Ello en virtud de que, sostienen desde el organismo, es difícil determinar el valor o peso probatorio de una prueba producida en el extranjero, con parámetros distintos a los argentinos. Otra dificultad resultó ser que dichos documentos no estaban apostillados. Sin embargo, en el caso de refugio, la

recepción de la prueba reviste requisitos más flexibles y laxos dado que se entiende la naturaleza de las circunstancias en las que se solicita dicho instituto.

Desde la dirección de migración, se aconsejó a la mujer italiana víctima de violencia de género, no ir por la vía del refugio, porque esta es una vía larga, engorrosa, de estudio pormenorizado y sensible. La mujer insistió, sorprendida de que su situación no quede amparada bajo la ley argentina de refugio o que no haya en la práctica una interpretación armónica con los instrumentos internacionales. La alternativa que se le ofreció a la nacional italiana fue la de interponer la solicitud de refugio y esperar a que se le dé curso. Mientras tanto, le aconsejaron aplicar a la residencia permanente en Argentina a través de la escolarización en enseñanza superior del mayor de sus hijos, bajo el argumento de la reunificación familiar.

Esta solicitud fue interpuesta en el año 2024. A octubre de 2025, la solicitud de refugio aún no ha sido resuelta, y la nacional italiana víctima de violencia de género se encuentra en la Argentina como residente permanente en virtud de la escolarización en enseñanza superior de su hijo mayor.

Este caso demuestra que, en la práctica, en cuestiones de naturaleza netamente internacional, no son los instrumentos internacionales a los que se va en busca de soluciones e interpretaciones, sino que la práctica sigue estando marcada por lo taxativamente determinado en la ley interna.

Es sabido que el instituto del refugio es un proceso que a nivel mundial presenta plazos extensos, pero en Argentina no solo ese es un problema, sino que además, la interpretación que se hace de la ley argentina, que sigue literalmente los lineamientos de la Convención de 1951, no es humanitaria ni está en sintonía con los tratados internacionales vigentes.

Sostenemos esta idea con convicción dado que hemos presentado a lo largo de esta exposición, los tratados, recomendaciones y directrices que fomentan a los Estados signatarios de la Convención a interpretar que la violencia de género puede ser perpetrada por actores estatales y no estatales, y dentro de esta segunda clasificación, quedan comprendidos grupos o individuos. La práctica argentina es reacia a considerar en su marco de aplicación que la violencia de género, en cuanto causal de solicitud de refugio, puede ser perpetrada por actores privados individuales, ya que considera que es un instituto que solo se otorga cuando la persecución es perpetrada por un Estado.

También hemos demostrado que la línea que se sigue en la interpretación internacional es que el género quede abarcado dentro de la categoría "pertenencia a un grupo determinado", lo que, en palabras de la directiva del ACNUR, hace que no sea ni siquiera necesario modificar la Convención para incluirlo como un nuevo criterio. La práctica argentina no aboga por esta interpretación y por ende, no está en consonancia con los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional en nuestro país. Y ello supone la vulneración del derecho internacional y de los derechos humanos.

VI. Fenómeno del refugio con perspectiva de género a nivel regional y experiencia de otros países

El enfoque de género se ha incorporado a los criterios y procedimientos para la deter-

minación de la condición de refugiado en distintos países de América Latina. A continuación, haremos un breve estudio de derecho comparado para analizar cómo se aborda la cuestión a nivel regional.

Bolivia regula el instituto del refugio y en el artículo 16 de su ley sostiene que *“A efectos de la aplicación del Artículo 15 de la presente Ley (definición de refugiado), se considerará favorablemente el género, edad y diversidad de la persona que solicite la condición de persona refugiada.”*

Uruguay, Paraguay, Chile, Colombia, Ecuador y México hacen mención a la cuestión de género en ocasión de la entrevista individual que se lleva adelante a los solicitantes de refugio para evaluar su elegibilidad. Sostiene que las mujeres tienen derecho a que las entrevistas sean conducidas de forma individual, y que el empleado público a cargo deba identificar si existen cuestiones de género en el caso concreto.

En específico, en el reglamento de su ley de refugio, Chile sostiene *“Condiciones especiales. En la interpretación de cada uno de los elementos del concepto de refugiado establecido en el artículo precedente, se aplicará una perspectiva sensible al género, a la edad u otras condiciones especiales de vulnerabilidad.”* Vemos aquí como mediante la reglamentación de una ley -que fue dictada en consonancia con la Convención de 1951 cuando aún la violencia de género no era una temática abordada- se busca adaptar el instituto a la realidad. México en el artículo 13 de su Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria del 2011, sostiene en términos similares: *“La condición de refugiado se reconocerá a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, bajo alguno de los siguientes supuestos: I. Que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él;”*. Uruguay por su parte sostiene en el Artículo 2 de la Ley sobre el Estatuto del Refugiado No. 18.076 (2006) *“Será reconocido como refugiado toda persona que: A) Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de pertenencia a determinado grupo étnico o social, género, raza, religión, nacionalidad, u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o -a causa de dichos temores- no quiera acogerse a la protección de tal país, o que careciendo de nacionalidad y hallándose a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o -a causa de dichos temores-, no quiera regresar a él.”*

Brasil en su normativa de refugio, no hace ningún tipo de mención a la cuestión de género.

Costa Rica presenta una regulación armoniosa con los tratados internacionales al sostener en su Artículo 106 de la Ley General de Migración y Extranjería No. 8.764 (2009) *“A efectos de la presente Ley, el término refugiado se aplicará a toda persona extranjera a quien la Dirección General le reconozca tal condición. Se entenderá como refugiado a la persona que: 1) Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, por causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.”* Continúa dando una protección cabal a las víctimas violencia de género que buscan refugio en su país al sostener en el artículo 10 de su Reglamento de Per-

sonas Refugiadas, Decreto No. 36.831-G de 2011 *"Enfoque diferenciado. En la aplicación de este Reglamento, las autoridades nacionales promoverán y aplicarán un enfoque diferenciado en el tratamiento de los casos partiendo y tomando en cuenta las consideraciones y necesidades individuales de los apátridas, personas menores de edad no acompañados, víctimas de trata, mujeres y hombres víctimas de violencia basada en género, solicitantes de la condición de persona refugiada. Este enfoque deberá permear todas las etapas del procedimiento administrativo sea éste desde el ingreso al país hasta la efectiva integración económica, social, legal y cultural del individuo."*

Nicaragua en el artículo 13 de su ley de refugiados incluye una innovación que propone la interpretación humanitaria de dicha ley: *"Esta Ley se interpretará y aplicará con la debida consideración de las necesidades especiales de protección que las personas puedan tener por motivos de edad, sexo, género, discapacidad, violencia sexual, tortura, enfermedad física o mental, o cualquier otra condición de vulnerabilidad. De igual manera, los procedimientos contemplados en la misma se ajustarán a la flexibilidad de los casos por razones humanitarias (énfasis agregado)."* Misma suerte sigue Panamá en su artículo 4 del Decreto Ejecutivo número 5, del 2018 en donde sostiene que *"Este Decreto Ejecutivo será interpretado desde una perspectiva sensible al género, a la edad y a la diversidad e igualmente en la forma que más favorezca al solicitante de la condición de refugiado y a los refugiados."*

Mismo parámetro de protección integral sigue El Salvador *"Artículo 4 de la Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas No. 918 (2002) Para los efectos de aplicación de la presente Ley, se considera refugiado: a. A toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, etnia, género, religión o creencia, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera el país de su nacionalidad, y no pueda, a causa de dichos temores, o no quiera acogerse a la protección de tal país; b. Que careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país de su residencia habitual, por fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, etnia, género, religión o creencia, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él". Y Honduras "Artículo 42, 3) de la Ley de Migración y Extranjería No. 208-2003 (2004) Le será reconocida la condición de refugiado a quienes: (...) e) Que sufran persecución mediante violencia sexual u otras formas de persecución de género basada en violaciones de derechos humanos consagrados, en instrumentos internacionales."*

Este análisis comparado regional permite evidenciar que hay estados que hacen especial mención a la violencia de género como criterio para reconocer el refugio. Desafortunadamente, Argentina no se encuentra dentro de ese grupo. La situación es delicada, ya que no solo que no se menciona en la ley, si no que ya vimos que en la práctica, tampoco se le hace lugar ni se respeta la interpretación integral que proponen los tratados que gozan de jerarquía constitucional en el territorio. Esto demuestra que aún es mucho el trabajo que queda por hacer. La violencia machista y patriarcal no solo está en aquellos que perpetúan la violencia de género en contra de las mujeres, al perseguirlas, violentarlas y amenazarlas, también está en las negativa de los Estados a protegerlas. Las tendencias interpretativas internacionales son producto de un pormenorizado estudio y análisis global y en la actualidad, buscan dar especial cuidado a personas en situación de vulnerabilidad, como son las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género. El Estado Argentino está compelido a abocarse a estas tendencias.

VII. Análisis de la legislación española

En la materia de análisis resulta fructífero enfocarnos en aquellas legislaciones que efectivamente toman como causal de refugio a la violencia de género. En este orden de ideas, la legislación española resulta ser pionera de este nuevo paradigma con perspectiva de género.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁷, en su artículo 19 determina que en caso de reagrupación familiar, en caso de que la cónyuge reagrupada fuera víctima de violencia de género, podrá obtener la autorización de residencia y trabajo independiente, desde el momento en que se hubiera dictado a su favor una orden de protección o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género.

Sumado a ello, el artículo 31 bis. en su punto 3 establece que la mujer extranjera que denunciara una situación de violencia de género o sexual, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género o sexual.

Como primer aspecto positivo de la mencionada normativa, encontramos el reconocimiento expreso a las mujeres migrantes víctimas de violencia a solicitar la residencia. Esto, en clara consonancia con las demás normas de protección de género.

Lo admirable de la normativa española es que no solo habilita a las mujeres a solicitar la residencia sino también a obtener un trabajo, contribuyendo de esta manera a la inserción de las mujeres migrantes en la sociedad española. La violencia de género supone un estado de vulnerabilidad preexistente que crea el escenario necesario para que dicha violencia se pueda perpetuar. El hecho de no contar con un trabajo y no tener medios económicos para salir del círculo violento, es lo que dificulta las vías de escape de las mujeres. Es por ello, que contar con la posibilidad de un trabajo supone un paso determinante en ayuda a las mujeres víctimas de violencia de género y allí radica un aspecto valioso de la normativa.

Debido a que son muchos los casos en los que las mujeres se ven obligadas a migrar a raíz de la vulnerabilidad en la que se ven sumergidas, el factor trabajo cumple un rol central en dicha vulnerabilidad. Brindarles a las mujeres migrantes que se encuentran en esta posición la posibilidad de trabajar es una herramienta más para poder salir adelante y dejar atrás la compleja situación en la cual se encontraban inmersas.

Ahora bien, una crítica a la misma podría ser el obstáculo de la necesidad de contar con una orden de protección a su favor, ya que obliga a las víctimas a someterse a un proceso administrativo o judicial para solicitar dicha orden, teniendo en consideración que muchas mujeres pueden tener miedo de denunciar a su agresor, por temor a represalias, exclusión social, o que su situación migratoria se use en su contra. Además, el miedo a perder lazos familiares o el aislamiento puede seguir siendo una barrera. Mejor hubiese sido que las víctimas brinden pruebas contundentes de la violencia denunciada a los efectos de solicitar la residencia en el país de acogida.

7 España. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado, núm. 10, 12 enero 2000. Recuperada de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>

VIII. Conclusiones

Al situarnos en la realidad de las mujeres migrantes vemos que las mismas experimentan diversos problemas que las llevan a escapar de su país de origen. Sumado ello, su condición de mujer en el contexto patriarcal las somete a una doble vulnerabilidad, no son sólo migrantes, son mujeres migrantes.

Ahora bien, del análisis efectuado se desprende que en la actualidad ninguna norma de nuestro país brinda como causal de refugio a la violencia de género. Sin embargo, sí podemos decir que nuestro ordenamiento jurídico actual obliga a los operadores jurídicos y administrativos a interpretar y aplicar la normativa con perspectiva de género. A pesar de ello, observamos que su incorporación en materia de refugio ha resultado particularmente difícil de implementar.

En consecuencia, se impone la necesidad de actualizar el enfoque argentino sobre refugio, ya sea mediante reformas normativas específicas o a través de una reinterpretación armónica de la legislación vigente conforme a los tratados internacionales de los cuales Argentina es parte. Una legislación que no contenga disposiciones que den respuesta a las violencias de género que sufren las mujeres en contextos transfronterizos no es coincidente con el marco jurídico convencional actual de Argentina.

Es a partir de ello que consideramos que la legislación actual se encuentra en deuda con la comunidad de mujeres migrantes y una solución conforme la realidad actual. Incorporar explícitamente la persecución por motivos de género y reconocer la violencia ejercida por actores no estatales como causal válida de refugio no sólo significa cumplir con obligaciones internacionales, sino también avanzar hacia una política migratoria verdaderamente humanitaria, sensible y respetuosa de los derechos humanos.

Referencias Bibliográficas

- ACNUR. (2002). Directrices sobre protección internacional: persecución por motivos de género en el marco del artículo 1A(2) de la Convención de 1951. ACNUR. <https://www.acnur.org/buenas-practicas>
- ACNUR. (2002). Directrices sobre protección internacional: Procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado. ACNUR. <https://www.acnur.org/buenas-practicas>
- ACNUR. (s.f.). Guía del procedimiento para la determinación de la condición de refugiado en Argentina. Dirección Nacional de Migraciones – CONARE. https://www.migraciones.gov.ar/pdf/conare/guia_espanol.pdf
- Argentina. (2006). Ley 26.165: Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado. Boletín Oficial de la República Argentina. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26165-121470/texto>
- Argentina. (2025, 10 de septiembre). Decreto 646/2025: Reglamentación de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado N° 26.165. Boletín Oficial de la República Argentina. <https://www.saij.gob.ar/646-nacional-reglamentacion-ley-general-reconocimiento-proteccion-al-refugiado-26165-dn20250000646-2025-09-10/123456789-0abc-646-0000-5202soterced>

- Argentina. (2024, 22 de octubre). Decreto 942/2024: Modificación a la Ley 26.165. Boletín Oficial de la República Argentina. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-942-2024-405520/texto>
- Argentina. (2009). Ley 26.485: Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Boletín Oficial de la República Argentina. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26485-152232/texto>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III). <https://www.un.org/es/documents/udhr>
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). (2025, 20 de marzo). Audiencia CIDH: el Estado no dio respuestas a los problemas de refugio y asilo. <https://www.cels.org.ar/web/2025/03/audiencia-cidh-el-estado-no-dio-respuestas-a-los-problemas-de-refugio-y-asilo/>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2014). Recomendación general núm. 32 sobre las dimensiones de género relacionadas con el estatuto de refugiado, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres (CEDAW/C/GC/32). Naciones Unidas. <https://docs.un.org/es/CEDAW/C/GC/32>
- Comité de Derechos Humanos de la ONU. (2014). Observación General N° 32 sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2014). Recomendación general núm. 32 sobre las dimensiones de género relacionadas con el estatuto de refugiado, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres (CEDAW/C/GC/32). Naciones Unidas. <https://docs.un.org/es/CEDAW/C/GC/32>
- Comité de Derechos Humanos de la ONU. (2014). Observación General N° 32 sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas.
- Constitución de la Nación Argentina. (1994). Constitución Nacional. Boletín Oficial de la República Argentina.
- Declaración de Cartagena sobre Refugiados. (1984). Adoptada por el "Coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios", Cartagena de Indias, Colombia.
- El País. (2024, 24 de octubre). Milei usa la retórica antiterrorista para endurecer los requisitos para obtener asilo en Argentina. <https://elpais.com/argentina/2024-10-24/milei-usa-la-retorica-antiterrorista-para-endurecer-los-requisitos-para-obtener-asilo-en-argentina.htmls>
- Naciones Unidas. (1951). Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra, 28 de julio de 1951.
- Naciones Unidas. (1967). Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Nueva York, 31 de enero de 1967.
- Naciones Unidas. (1979). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>
- Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Organización de Estados Americanos. (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf>

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Trabajos con aval académico. No sometidos a referato.

Fallo K., V. A. c. P., A. s. Restitución Internacional de Menores de Edad (CSJN, 23/09/25)

Decision in K., V. A. v. P., A. — International Return of a Child (Supreme Court of Argentina, 23 September 2025)

Luciana Nocetti¹

Aval académico: Duilio Moreno Del Papa

I. Introducción.

La sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 23 de septiembre de 2025 representa un hito jurisprudencial en materia de restitución internacional de menores en Argentina. El caso aborda una tensión particularmente compleja: la relación entre el procedimiento restitutorio previsto en el Convenio de La Haya de 1980 y el trámite de reconocimiento de la condición de refugiado.

II. El caso

Los hechos involucran a dos niños, M.A.P. y V.A.P., trasladados desde la Federación Rusa hacia Argentina por su padre, en aparente violación de los derechos de custodia de la madre. La progenitora solicitó formalmente la restitución de los menores conforme al Convenio de La Haya, iniciando así un proceso que revelaría múltiples aristas jurídicas y humanas dignas de análisis.

Se originó cuando el progenitor trasladó a sus dos hijos desde la Federación Rusa hacia la Argentina, sin el consentimiento de la madre, quien inició el procedimiento de restitución ante las autoridades argentinas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el 23 de septiembre de 2025, desestimando los recursos extraordinarios interpuestos por el progenitor y por la defensa pública contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que había ordenado la restitución inmediata de los niños M.A.P. y V.A.P. a la Federación Rusa, en los términos del Convenio de La Haya de 1980.

El padre había solicitado la suspensión del trámite de restitución internacional, invocando que sus hijos se encontraban bajo un procedimiento pendiente de reconocimiento de la

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires) y maestranda en Derecho Internacional Privado (Universidad de Flores, etapa de tesis). Se desempeña profesionalmente en el Estudio Otero & Asociados y ejerce la docencia en Derecho Internacional Privado en la Universidad de Flores y en la Universidad de Buenos Aires. Es miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) y de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Ha publicado trabajos en la materia, entre ellos en Thomson Reuters y en el Tratado de Derecho Internacional Privado de Antonio Boggiano.

condición de refugiados ante la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE).

Sin embargo, el Tribunal entendió que la mera existencia de esa solicitud no constituye un obstáculo para la prosecución del proceso restitutorio. Esta postura se alinea con la correcta interpretación del Interés Superior del Niño (ISN) en el marco de la restitución que, como sostiene RUBAJA, "se enfoca en el derecho del niño a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que la decisión sobre su guarda o custodia se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual (juez natural)".²

En línea con su jurisprudencia, la Corte señaló que la protección derivada de la Ley No.26.165 y del principio de no devolución (non-refoulement) puede ser considerada en una etapa posterior, particularmente durante la ejecución de la sentencia firme.

Asimismo, exhortó a la CONARE a expedirse con la mayor celeridad sobre la solicitud de refugio, priorizando el interés superior de los niños, a fin de evitar dilaciones en la ejecución de la medida. La exigencia de celeridad es un componente crucial del ISN, considerada una garantía procesal fundamental.³ Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "los procesos de toma de decisiones demorados o prolongados tienen efectos particularmente adversos y nefastos en la evolución y formación espiritual y social de los niños".⁴

El fallo subrayó que el objetivo central del Convenio de La Haya es garantizar no solo el regreso inmediato, sino también seguro de los niños. En este sentido, la Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya enfatiza que "la seguridad del niño debe ser una consideración primordial en todas las etapas del procedimiento derestitución".⁵

Mencionó, tal como puso de manifiesto el señor Defensor General Adjunto de la Nación en su dictamen, que el proceder del progenitor de los niños dejó traslucir una llamativa coincidencia entre la oportunidad del inicio de la solicitud de refugio y el dictado de la sentencia de grado que ordenó la restitución inmediata de los niños a la Federación Rusa, además de una considerable demora en formular aquella petición protectoria para sus hijos desde su ingreso a este país.

En consecuencia, la Corte Suprema rechazó el pedido de suspensión, declaró inadmisibles los recursos extraordinarios (art. 280 CPCCN) y mantuvo firme la orden de restitución inmediata de los niños a su país de residencia habitual por configurarse un supuesto de sustracción internacional ilícita de estos por parte de su progenitor.

- El interés superior del niño: una perspectiva situada en el contexto restitutorio

Al rechazar el pedido de suspensión del proceso fundado en la solicitud de refugio y desestimar los recursos extraordinarios interpuestos, la CSJN consolida una interpretación

2 RUBAJA, Nieve, "El interés superior del niño en el contexto de los procesos de restitución internacional de niños", en GODÍNEZ LÁZARO, T.; RUBAJA, N.; CASTRO, F. (Coord.), Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica, México, Ed. Porrúa, 1ª edición, 2017, p. 26.

3 RUBAJA, Nieve, "El interés superior del niño en el contexto de los procesos de restitución internacional de niños", en GODÍNEZ LÁZARO, T.; RUBAJA, N.; CASTRO, F. (Coord.), Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica, México, Ed. Porrúa, 1ª edición, 2017

4 Observación General No. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, párrafo 93.

5 Conferencia de La Haya, Guía de Buenas Prácticas. Cuarta Parte (Ejecución). Disponible en español en <https://assets.hcch.net/upload/guide28enf-s.pdf>.

contextualizada del principio del interés superior del niño, específicamente aplicable a los procedimientos de restitución internacional.

La Dra. Nieve Rubaja señala con precisión que "la protección del interés superior del niño se asegurará en la medida en que se respete el marco acotado de conocimiento que prevé el Convenio".⁶ Esta observación resulta fundamental: el interés superior no puede interpretarse de manera abstracta o generalizada, sino que debe adaptarse al propósito específico del instrumento internacional aplicable.

El artículo 2 de la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños ofrece una definición concreta del interés superior en este contexto particular. Según esta norma, el interés superior comprende el derecho del niño a no ser trasladado o retenido ilícitamente, a que las cuestiones sobre su guarda o custodia se diluciden ante el juez de su residencia habitual, a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias, y a obtener una resolución rápida de la solicitud de restitución o visita internacional.⁷

La CSJN demuestra agudeza jurídica al establecer una distinción clara entre dos instancias procesales: primero, la resolución del procedimiento restitutorio conforme a las reglas del Convenio de La Haya; segundo, la eventual consideración de la condición de refugiado durante la etapa de ejecución de la sentencia. Esta separación metodológica no es meramente procedimental, sino que responde a una comprensión profunda de los objetivos del sistema de cooperación internacional.

Como advierte Rubaja, "hacer lugar a la excepción cuando de la prueba producida se desprenda que ello responde al interés superior del niño -en el contexto del Convenio- es una obligación internacional asumida por los Estados".⁸ La tensión radica entonces en equilibrar la protección del niño con el respeto a los compromisos internacionales y la efectividad del sistema de restitución.

- El análisis de la oposición de los niños: cuando la voluntad manifestada no es genuina

El tratamiento de la excepción contemplada en el artículo 13.2 del Convenio de La Haya constituye uno de los aspectos más relevantes del fallo. Esta norma permite rechazar la restitución cuando el menor se opone a regresar, siempre que haya alcanzado una edad y grado de madurez suficientes para que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

El Defensor General Adjunto, Dr. Julián Horacio Langevin, realiza un análisis exhaustivo que la Corte adopta como fundamento de su decisión. La jurisprudencia argentina ha establecido un estándar claro: debe tratarse de "una verdadera oposición, entendida como un repudio genuino e irreductible de regresar a dicho país" (Fallos: 347:1234 y 344:3078).

El informe pericial del caso arroja luz sobre elementos perturbadores. Los niños

6 RUBAJA, Nieve, *ídem*

7 Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, artículo 2, segundo párrafo.

8 RUBAJA, Nieve, *ídem*

manifestaron que "no quieren volver a Rusia porque no hay mar, no hay lago", una justificación que difícilmente puede considerarse reflejo de una oposición fundada en razones sustanciales. Más revelador aún resulta el dato de que mencionaron la guerra después de que "la noche anterior a venir a la entrevista su papá les mostró un video con imágenes de la guerra".

Este último elemento resulta determinante. Como señala la Dra. Najurieta, "el juez debe dilucidar hasta qué punto la presunción general del Convenio debe ceder el paso frente al sufrimiento del niño, pasado, presente o futuro".⁹ Sin embargo, en este caso, el sufrimiento expresado por los niños no emerge de una experiencia propia o de una comprensión autónoma de su situación, sino que ha sido deliberadamente inducido.

La perita concluyó que los niños están "inmersos en una conflictiva adulta" y advirtió sobre "una captura simbólica, en donde el padre los habría tomado como de su propiedad, cosificándolos y traduciéndoles el mundo según su propia perspectiva, sin considerar a la de la madre". Esta descripción evidencia un fenómeno de alienación parental que invalida la configuración de la excepción.

El Defensor General destaca acertadamente que el padre "es el único que les habla y da información sobre la guerra infundiendo, de este modo, temor y preocupación".

Cuando la oposición del niño no es genuina sino resultado de la manipulación del progenitor sustractor, el fundamento mismo de la excepción desaparece. Aceptar esta oposición inducida como válida significaría premiar la conducta del sustractor y vulnerar los objetivos del Convenio.

- La excepción de grave riesgo frente al contexto bélico en Rusia

El análisis de la excepción prevista en el artículo 13.1.b) del Convenio --que permite rechazar la restitución cuando existe un grave riesgo de exponer al niño a un peligro físico o psíquico, o de colocarlo en una situación intolerable-- constituye otro aspecto crucial del fallo.

Rubaja advierte que "el desafío de captar el interés superior del niño en el contexto del Convenio y con el limitado margen de conocimiento que éste admite, suele presentar sus mayores conflictos cuando se pone en juego especialmente la interpretación y aplicación de las excepciones contempladas en el artículo 13(1) b) ('grave riesgo')".¹⁰

La Guía de Buenas Prácticas sobre la Interpretación y Aplicación del Artículo 13(1)(b), citada en el dictamen del Defensor, establece un criterio metodológico preciso. El análisis "debe enfocarse en la gravedad de la situación política, económica o de seguridad, en su impacto en el niño y en determinar si el nivel de dicho impacto es suficiente para tener por configurada la excepción de grave riesgo, y no en la situación política, económica o de seguridad del Estado en general".

Esta distinción resulta fundamental. La existencia de un conflicto bélico en un país no configura automáticamente la excepción de grave riesgo. Es necesario examinar si ese

9 NAJURIETA, María Susana, "La centralidad de la correcta interpretación del interés superior del niño en los conflictos de restitución internacional de menores de edad", Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Número 23, diciembre 2019-mayo 2020, Buenos Aires, p. 130.

10 RUBAJA, Nieve, ídem

conflicto afecta concreta y directamente la vida cotidiana del niño en el lugar específico donde reside o residirá.

El Tribunal Superior de Córdoba realizó una investigación cuidadosa recurriendo a fuentes confiables, particularmente la página web oficial de la Embajada Argentina en Rusia. De esta consulta "no se desprende la evidencia de episodios recientes que sostengan el nivel de peligrosidad asociado a la vida cotidiana que relata el Sr. P.". Adicionalmente, se constató que la propiedad familiar se encuentra "en una zona aún más alejada" del frente de batalla, lo que reduce significativamente el riesgo alegado.

El tribunal también analizó jurisprudencia comparada de casos análogos resueltos en Inglaterra y Gales (TMS v AVS [2023]) y en Finlandia (S2023/151), donde tribunales de otros Estados enfrentados a situaciones similares rechazaron la excepción de grave riesgo y ordenaron la restitución a la Federación Rusa. Este análisis de derecho comparado fortalece la fundamentación de la decisión y evidencia una aproximación armónica a nivel internacional.

- El transcurso del tiempo y la ficticia integración

El fallo aborda con especial sensibilidad la problemática del transcurso del plazo de un año previsto en el artículo 12 del Convenio de La Haya y la alegada integración de los niños al medio argentino. Como señala la Dra. Najurieta, "el nefasto impacto del transcurso del tiempo en el logro de los objetivos de los convenios de restitución internacional de niños" constituye uno de los obstáculos más serios para la efectividad del sistema.¹¹

El Defensor General reconoce que los niños han sido escolarizados en Villa Carlos Paz desde septiembre de 2023, dato que podría sugerir cierta integración al entorno argentino. Sin embargo, la evidencia testimonial y pericial revela una realidad muy diferente. Los testimonios de las docentes y el informe técnico producido en autos demuestran "con claridad, los obstáculos idiomáticos y culturales con los que se topan los niños en lo cotidiano". El manejo del español es "incipiente" y no existen "redes familiares o de amistad alrededor de los niños".

La perita identificó en los dibujos de los niños "notas de desarraigo e incertidumbre", vinculándolas con una "vivencia de desarraigo y de inestabilidad que los atraviesa al no estar, en esta etapa vital no solo en un lugar físico geográfico estable, sino lejos de su madre, separados del referente parental materno".

Estos hallazgos revelan que la supuesta integración es más aparente que real.

Los niños no han desarrollado verdaderas raíces en Argentina; más bien se encuentran en un limbo afectivo y cultural, desconectados tanto de su lugar de origen como del entorno que habitan actualmente.

Rubaja advierte sobre las graves consecuencias de las demoras: "el paso del tiempo repercute negativamente en la delicada situación que ya se encuentran los niños que han sido víctimas de un primer desplazamiento. Es decir, la demora en la resolución

¹¹ NAJURIETA, María Susana, *ídem*

y ejecución de los casos conllevará a una inevitable integración del niño a la nueva residencia que deberá volver a modificarse una vez que se restablezcan los derechos de aquél. Así, sumado al primer desarraigo que ha sufrido el niño, se producirá uno nuevo consecuente de la consolidación de hecho de un nuevo centro de vida".¹²

Esta observación resulta paradójica: mientras más tiempo transcurre sin resolverse el caso, mayor es el daño al niño, pero también aumenta el argumento de que el niño ya se ha integrado al nuevo medio. El sustractor se beneficia así de su propia conducta ilícita y de las demoras del sistema judicial.

- La solicitud de refugio como maniobra procesal

Uno de los aspectos más novedosos y controvertidos del fallo es el tratamiento de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado presentada por el padre ante CONARE (Comisión Nacional para los Refugiados).

La Corte adopta una posición equilibrada pero firme respecto a la relación entre el régimen de restitución internacional y el régimen aplicable a los refugiados. Concluye que "una ponderación armoniosa" de ambos sistemas "conduce a la necesidad de adoptar, como primera cuestión, una pronta resolución sobre los recursos extraordinarios", sin perjuicio de que "la condición de refugiado de los niños -de mantenerse vigente- pueda ser nuevamente planteada y evaluada en la etapa de ejecución de la sentencia firme".

Esta solución evita que el procedimiento de refugio se convierta en un mecanismo de obstrucción del trámite restitutorio, pero no desconoce la importancia y autonomía del régimen de protección internacional de refugiados. La clave está en la coordinación temporal: primero se resuelve la restitución, luego se evalúa cómo impacta la condición de refugiado en la ejecución.

El análisis del Defensor General sobre la temporalidad de la solicitud resulta demoledor. La petición de refugio fue presentada: "seis meses después del inicio de estas actuaciones; luego de once meses de su ingreso a la República Argentina; un mes después de obtener una sentencia de grado en su contra; y luego de transcurridos dos años y nueve meses de haber salido de Rusia tras el inicio de la guerra".

Esta cronología no puede ser casual. Como señala el Defensor, "tal accionar paterno en apariencia tuitivo, resulta ser en realidad un artificio tardío, sorpresivo y estratégico para obtener una solución favorable a sus intereses por encima del interés superior de sus hijos".

Si el padre hubiera tenido genuinas razones para temer por la seguridad de sus hijos debido a la situación en Rusia, es razonable esperar que hubiera solicitado refugio inmediatamente al llegar a Argentina, o al menos antes de que se iniciara el procedimiento de restitución. El hecho de que la solicitud se presente precisamente después de obtener una sentencia desfavorable en primera instancia revela su verdadera naturaleza: una estrategia procesal destinada a dilatar o impedir la ejecución de la orden de restitución.

12 RUBAJA, Nieve, "Lineamientos de la restitución internacional de niños a partir del nuevo Código Civil y Comercial y de la jurisprudencia reciente", Revista jurídica de Buenos Aires, Año 41, núm. 93, 2016, p. 169.

Najurieta advierte sobre estas "interferencias que responden a finalidades ajenas a las necesidades de un niño desplazado o retenido ilícitamente" y señala que "las maniobras para profundizar los lazos del niño víctima con el Estado de refugio, lejos de contribuir a su mejor interés, constituyen formas de injerencia indebida en la vida de familia".¹³

- El exhorto a CONARE: la urgencia de resolver la situación de refugio

Consciente de la necesidad de evitar que la pendencia del trámite de refugio frustre indefinidamente la ejecución de la sentencia restitutoria, la CSJN adopta una medida inusual pero necesaria: exhorta expresamente a CONARE "a que examine de manera definitiva el mérito de la solicitud de refugio (...) con la mayor celeridad posible y priorizando el interés superior de los niños".

Este exhorto no constituye una intromisión en las competencias de CONARE, sino un llamado a la coordinación entre distintas instancias del Estado argentino para evitar que los procedimientos administrativos y judiciales se conviertan en instrumentos de dilación que terminen vulnerando los derechos de los niños.

Como señala Rubaja, obtener "una rápida resolución de la solicitud de restitución o visita internacional" constituye un componente esencial del interés superior del niño en estos procedimientos. La autora enfatiza que "el cumplimiento de este pilar ---obtener una rápida resolución--- se erige sobre el principio de acceso a la justicia ampliamente contemplado en los Tratados de Derechos Humanos".¹⁴

Najurieta es igualmente enfática al advertir que "la demora desproporcionada en dictar o en ejecutar la decisión relativa a los conflictos de restitución internacional" constituye una violación a los derechos fundamentales del niño. La autora sostiene que "la oportunidad para decidir sobre los recursos internos debe adecuarse a los fines del régimen de protección internacional y no debe conducir a que la actuación se detenga o se demore hasta la inutilidad".¹⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado especialmente la exigencia de celeridad en los procedimientos relacionados con niños. Como cita Najurieta, la Corte IDH ha sostenido que "aquellos procesos judiciales relacionados con [...] la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades".¹⁶

- El principio del regreso seguro: más allá de la mera restitución

Uno de los aspectos más valiosos del fallo es la reafirmación y desarrollo del principio del "regreso seguro", ya establecido por la CSJN en el precedente "G., L." (Fallos: 339:1763). El tribunal recuerda que "el objetivo del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores radica en garantizar el regreso del

13 NAJURIETA, ídem

14 RUBAJA, Nieve, ídem

15 NAJURIETA, María Susana, ídem

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de julio de 2011, Medidas Provisionales respecto de Paraguay, asunto "L.M.", párrafo 16, citado en NAJURIETA, María Susana, ob. cit., p. 139. Esta Resolución es muy citada en Derecho de Familia y Derechos del Niño porque la Corte IDH ordenó al Estado de Paraguay adoptar medidas para proteger no solo la integridad personal, sino también los derechos a la protección de la familia e identidad del niño L.M., señalando que la indefinición prolongada de su situación de guarda y cuidado podía causar un daño irreparable.

niño no solo inmediato sino también seguro".

Esta formulación es crucial porque reconoce que la efectividad del Convenio no se mide únicamente por la rapidez con que se ordena la restitución, sino también por las garantías que rodean el retorno del niño. Un regreso rápido pero inseguro no satisface los objetivos del instrumento internacional ni protege adecuadamente al niño.

El Defensor General propone, "a modo de colaboración", una serie de medidas concretas para garantizar la seguridad de los niños en su regreso:

1. Participación efectiva de los Jueces de Enlace y Autoridades Centrales de ambos países: Esta coordinación resulta esencial para asegurar que el retorno se produzca en condiciones controladas y con el seguimiento de las autoridades competentes.
2. Garantía de adopción en Rusia de medidas para asegurar el ingreso seguro del padre y los niños: Es fundamental que las autoridades rusas se comprometan formalmente a facilitar el ingreso sin inconvenientes y a garantizar la seguridad física de todos los involucrados.
3. Coordinación inmediata de cuestiones de fondo (custodia y régimen comunicacional): El regreso no debe producirse en un vacío jurídico. Es necesario que el tribunal ruso asuma con rapidez el conocimiento de las cuestiones de fondo sobre custodia y régimen de visitas.
4. Intervención urgente de equipo interdisciplinario para abordaje terapéutico y recomposición de lazos materno-filiales: Dada la situación de alienación parental identificada, resulta imprescindible el acompañamiento profesional para reestablecer el vínculo entre los niños y su madre.

Como señala Rubaja, "incluso se ha de evaluar el interés superior del niño en el contexto de restitución cuando se presenta la figura del 'regreso seguro'. El esfuerzo por lograr el regreso seguro del niño, controlando el riesgo alegado cuando fuera necesario, permite hacer prevalecer el interés superior del niño en una situación de sustracción, evitando el grave riesgo de la no-restitución".¹⁷

Najurieta complementa esta visión al afirmar que "los instrumentos de cooperación internacional, tales como las comunicaciones judiciales directas, la intervención de los jueces de enlace de cada país obligado por los convenios, el reconocimiento anticipado de resoluciones o medidas cautelares de protección, etc., deben ser perfeccionados para asegurar la integridad física, psíquica y emocional del niño".¹⁸

La autora también enfatiza que "es responsabilidad de los jueces que ordenan la restitución de un menor de edad, no sólo declamar la importancia de la seguridad y protección del niño sino organizar un protocolo de conductas efectivas". Los jueces deben "condicionar" la ejecución hasta lograr la efectiva intervención de las autoridades del Estado al cual se reintegra el menor, para suprimir el peligro y asegurar que el niño

¹⁷ RUBAJA, Nieve, *ídem*

¹⁸ NAJURIETA, María Susana, *ídem*

esté protegido en concreto y no en abstracto.¹⁹

- La alienación parental y la urgencia de la intervención terapéutica

El informe pericial del caso revela una situación alarmante que trasciende los aspectos meramente jurídicos. Los profesionales concluyeron que los niños están "inmersos en una conflictiva adulta" y advirtieron sobre "una captura simbólica, en donde el padre los habría tomado como de su propiedad, cosificándolos y traduciéndoles el mundo según su propia perspectiva, sin considerar a la de la madre".

Este fenómeno de alienación parental tiene consecuencias devastadoras para el desarrollo emocional de los niños. Como destaca el Defensor, "se ha implantado en mis defendidos una visión desvirtuada de la imagen de su madre, a quién asocian con la persona que quiere llevarlos 'al lugar de las explosiones'". Los niños han internalizado una narrativa en la que su madre, lejos de ser su protectora, aparece como una amenaza para su seguridad.

Esta distorsión de la realidad no surgió espontáneamente, sino que fue deliberadamente construida por el padre sustractor. La manipulación psicológica de los niños constituye una forma de violencia que puede generar daños duraderos en su capacidad para establecer vínculos afectivos saludables.

El dictamen del Defensor General señala acertadamente que esta situación exige "un abordaje integral y un acompañamiento terapéutico" durante la ejecución de la sentencia. La restitución física de los niños a Rusia debe ir acompañada de un proceso de revinculación con la madre, mediado por profesionales especializados en alienación parental.

Como observa Najurieta, "no debe soslayarse que se trata de una crisis en la familia y que, salvo casos excepcionales, el derecho debe favorecer la recomposición de las relaciones familiares, a fin de impedir que la torpe resolución de un conflicto de desplazamiento o retención ilícitos se transforme en el largo plazo en un daño permanente para el niño o niña".²⁰

- El interés superior del niño en el marco específico del Convenio

El fallo se inscribe en una comprensión sofisticada del interés superior del niño que distingue claramente entre el procedimiento restitutorio y el contencioso de fondo sobre custodia. Esta distinción resulta esencial para la correcta aplicación del Convenio de La Haya.

Como explica Najurieta, "cuando se ha producido un desplazamiento o una retención ilícitos, el niño ha perdido el contacto regular y continuo con uno de sus progenitores y su vida se organiza en torno al sustractor".²¹ En esta situación, el interés superior del niño no puede determinarse mediante un análisis abstracto de qué arreglo de custodia sería ideal, sino que debe enfocarse en restablecer el statu quo previo al desplazamiento ilícito.

La autora señala que en este caso particular, "los riesgos invocados se vinculan directamente

19 NAJURIETA, María Susana, *ídem*

20 NAJURIETA, María Susana, *ídem*

21 NAJURIETA, María Susana, *ídem*

con la situación de enfrentamiento bélico en la que la Federación Rusa se encuentra inmersa desde inicios del año 2022, y la incidencia que ello podría acarrear en la vida de los niños ante el supuesto de regreso a Moscú". Sin embargo, enfatiza que "el sistema jurisdiccional del Estado de refugio debe contar con herramientas apropiadas" para:

- a) Asegurar que el defensor del niño vele por los intereses de su defendido, con preferencia a los intereses antagónicos de los padres.
- b) Garantizar que el ministerio público y los jueces cuenten con suficiente formación para dirigir el proceso.
- c) Lograr que la decisión sobre la procedencia de la restitución se tome con la mayor celeridad, pero sin menoscabo al derecho de defensa.
- d) Combinar la ejecución de la orden de restitución con garantías efectivas para asegurar la protección del niño en el trance del regreso.²²

Rubaja explica que "el primer considerando del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la Sustracción internacional de menores afirma categóricamente que los Estados partes han acordado las disposiciones del convenio 'profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia'".²³ Sin embargo, añade que "la correcta interpretación, que surge del informe de la Dra. Pérez Vera, es expuesto explícitamente en textos más recientes, con el propósito de orientar a los operadores y a los jueces en la comprensión de un procedimiento autónomo respecto del contencioso sobre el fondo de la custodia".²⁴

Esta autonomía del procedimiento restitutorio es fundamental. El Convenio no busca determinar cuál de los progenitores debe tener la custodia del niño, sino únicamente restablecer la situación previa al desplazamiento ilícito para que las cuestiones de fondo se resuelvan ante el juez naturalmente competente.

- Las interferencias del derecho público en los conflictos de derecho privado familiar

El fallo aborda adecuadamente la problemática de las interferencias del derecho público en los procedimientos de restitución internacional, esencialmente de naturaleza privada. Como advierte Najurieta, "esta 'publicización' del derecho privado familiar tiene como consecuencia otras interferencias del derecho público".²⁵

La autora analiza diversos casos de jurisprudencia comparada donde "se advierte la injerencia del derecho constitucional de algunos países de América Central y Latina ---que ponen en juego institutos como el habeas corpus o el amparo constitucional o la protección de los nacionales--- para desvirtuar los objetivos de los convenios de restitución y aplicarlos con una tendencia nacionalista ajena al espíritu de la cooperación internacional".²⁶

Este fenómeno resulta particularmente problemático porque, bajo la apariencia de

22 NAJURIETA, María Susana, ídem

23 RUBAJA, Nieve, ídem

24 RUBAJA, Nieve, ídem

25 NAJURIETA, María Susana, ídem

26 NAJURIETA, María Susana, ídem

proteger derechos fundamentales, termina frustrando la efectividad de los mecanismos de cooperación internacional que los Estados han acordado precisamente para proteger a los niños víctimas de sustracción.

En el caso analizado, la solicitud de refugio podría haber operado como una de estas interferencias si la Corte hubiera aceptado suspender el procedimiento restitutorio hasta la resolución definitiva del trámite ante CONARE. La solución adoptada por el tribunal evita este riesgo sin desconocer la importancia del régimen de protección internacional de refugiados.

- La interpretación restrictiva de las excepciones al retorno

Un aspecto fundamental del fallo es la aplicación rigurosa de una interpretación restrictiva de las excepciones al retorno, en plena consonancia con la finalidad del Convenio. Como explica Rubaja, "el margen de apreciación de la excepción debe ser acotado y así interpretado el interés superior del niño".²⁷

La autora enfatiza que "debe prestarse especial atención al acotado margen de interpretación que admiten las excepciones, puesto que el respeto de dicha premisa implica garantizar el principio del interés superior del niño. Por el contrario, cuando en el caso concreto este el análisis de las excepciones se extiende y, por lo tanto, se contempla el interés superior del niño más allá del contexto que admiten los procesos de restitución ---como asimismo las excepciones---, se terminan analizando cuestiones que tienen más que ver con el derecho de fondo de la custodia".²⁸

Esta observación resulta crucial para comprender la lógica del Convenio. Las excepciones no fueron diseñadas para permitir al juez del Estado requerido realizar un análisis completo sobre cuál sería la mejor solución de custodia para el niño. Su propósito es mucho más limitado: evitar la restitución únicamente en aquellos casos excepcionales en que el retorno generaría un daño grave e inmediato para el niño.

Najurieta complementa esta visión al señalar que "las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con que debe ponderarse el material fáctico de la causa a la hora de juzgar sobre su procedencia para no frustrar la efectividad del convenio".²⁹ El análisis debe centralizarse en:

- a) La acreditación del riesgo grave que implicara para los infantes el retorno.
- b) La ausencia de medidas de protección adecuadas y eficaces para eliminarlo, paliarlo o neutralizarlo.

Si existen medidas de protección que pueden mitigar el riesgo alegado ---como las contempladas en el principio del regreso seguro--- la excepción no debe prosperar.

III. Conclusiones: un paradigma de aplicación armónica del sistema de cooperación internacional

El fallo de la CSJN del 23 de septiembre de 2025 constituye un ejemplo paradigmático

27 RUBAJA, Nieve, *ídem*

28 RUBAJA, Nieve, *ídem*

29 NAJURIETA, María Susana, *ídem*

de aplicación correcta del Convenio de La Haya de 1980. El tribunal logra atender a las particularidades del caso concreto sin desvirtuar los objetivos fundamentales del instrumento internacional.

Como sintetiza Rubaja, "será función del juez requerido apreciar el interés superior del niño en cuya solicitud de restitución interviene. Para ello, deberá atender que el niño tiene derecho a no ser trasladado ni retenido ilícitamente; que el juez naturalmente competente para entender en la cuestión de fondo del derecho de custodia es el de su residencia habitual en el Estado requerido; que el ámbito de aplicación convencional sólo le permite y exige responder al interrogante en torno a la restitución internacional".³⁰

El tribunal argentino ha logrado equilibrar adecuadamente diversos elementos en tensión:

- La presunción general del Convenio a favor del retorno inmediato, sin convertirla en una regla automática que ignore las circunstancias del caso.
- El análisis circunstanciado de las excepciones alegadas, aplicando un estándar riguroso pero no imposible de satisfacer.
- La protección efectiva de los derechos fundamentales de los niños, tanto en el procedimiento restitutorio como en la planificación del regreso seguro.
- La cooperación internacional y la confianza mutua entre Estados, evitando interferencias que frustren la efectividad del sistema.
- Las garantías para un regreso seguro, reconociendo que la restitución no es un fin en sí mismo sino un medio para restablecer la situación previa al desplazamiento ilícito.

Como advierte Rubaja, "el principio del interés superior del niño es un concepto indefinido y el propósito de esta circunstancia encuentra su razón de ser en, al menos, tres fundamentos: en primer lugar, en su dinamismo y versatilidad; en segundo lugar, en la aspiración de proteger los derechos de la infancia en general; finalmente, en la protección del interés de cada niño en particular".³¹

La sentencia demuestra que es posible dar contenido concreto a este principio sin caer en la tentación de sustituir el análisis restitutorio por un análisis de fondo sobre la custodia. El desafío, como lo expresa magistralmente Najurieta, consiste en "lograr una interpretación armoniosa de los imperativos del Convenio europeo y de las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980",³² respetando tanto los compromisos internacionales como los derechos fundamentales de los niños.

El fallo también destaca la importancia de la coordinación interinstitucional. El exhorto a CONARE refleja una comprensión integral del problema: no basta con dictar una sentencia justa, sino que es necesario asegurar que todos los organismos del Estado trabajen

30 RUBAJA, Nieve, *idem*

31 RUBAJA, Nieve, *idem*

32 NAJURIETA, María Susana, *idem*.

coordinadamente para proteger efectivamente los derechos de los niños involucrados.

Finalmente, la sentencia reafirma que el objetivo último del Convenio no es simplemente devolver al niño a su lugar de origen, sino restablecer sus derechos vulnerados por el desplazamiento ilícito. Como sostiene Najurieta, "los conflictos de desplazamientos y retenciones ilícitos constituyen un flagelo que ningún Estado puede combatir en forma aislada, sino mediante mecanismos de cooperación internacional sustentados en la confianza sobre la actuación de todas las autoridades administrativas y judiciales orientadas en la realización del interés superior del niño concreto involucrado en este tipo de litigios familiares".³³

La CSJN, al fallar como lo hizo, no solo resolvió el caso concreto de M.A.P. y V.A.P., sino que sentó precedentes valiosos para futuros casos de restitución internacional.

Estableció con claridad que:

- La solicitud de refugio no puede utilizarse como maniobra dilatoria para frustrar los objetivos del Convenio de La Haya.

- La oposición de los niños solo es relevante cuando es genuina y no resultado de manipulación o alienación parental.

- La existencia de un conflicto bélico en un país no configura automáticamente la excepción de grave riesgo, debiendo analizarse el impacto concreto en la vida del niño.

- El transcurso del tiempo no debe beneficiar al sustractor ni consolidar situaciones de hecho contrarias al derecho.

- El regreso debe ser no solo inmediato sino también seguro, con garantías concretas de protección.

- Los diversos organismos del Estado deben coordinar sus actuaciones para evitar que los procedimientos se conviertan en obstáculos para la efectividad de la protección de los derechos de los niños.

En definitiva, el fallo K., V. A. c. P., A. s. Restitución Internacional de Menores de Edad representa un hito en la jurisprudencia argentina sobre sustracción internacional de menores. Demuestra que es posible aplicar el Convenio de La Haya con rigor jurídico, sensibilidad humana y respeto por los derechos fundamentales de los niños, sin caer en los extremos del automatismo ni del paternalismo judicial que desvirtúa los objetivos del instrumento internacional.

La resolución de la Corte confirma que el interés superior del niño en el contexto de la restitución internacional tiene un contenido específico y delimitado, que no puede confundirse con el análisis de fondo sobre custodia, pero que tampoco puede ignorar las circunstancias particulares de cada caso. Este equilibrio delicado, logrado en el fallo analizado, constituye la esencia misma de una correcta aplicación del Convenio de La Haya de 1980.

33 NAJURIETA, María Susana, *ídem*

Vistos los autos: "K., V. A. c/ P., A. s/ restitución internacional de menores de edad".

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba que confirmó la sentencia que había admitido el pedido de restitución internacional formulado por la progenitora de M.A.P. y V.A.P. a la Federación Rusa, en los términos del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, el progenitor de los niños y el Defensor Público dedujeron sendos recursos extraordinarios que fueron concedidos.

En su remedio federal, el padre solicita, además, la suspensión del proceso con sustento en la petición de reconocimiento de la condición de refugiado de sus hijos ante la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) que se encuentra en trámite.

2°) Que al presente el pedido de suspensión formulado por el recurrente no resulta atendible.

La sola circunstancia de que los niños involucrados en esta causa cuenten con una solicitud en trámite de reconocimiento de la condición de refugiados en los términos de la ley 26.165 y, por lo tanto, gocen de la protección que dicha ley confiere (principio de no devolución), no condiciona la continuación del trámite propio de estos procesos tendientes a determinar la configuración de un supuesto de traslado internacional ilícito de aquellos por parte de un progenitor y, en su caso, el retorno de los niños a su país de residencia habitual (confr. doctrina de Fallos: 347:1201 y 347:2002). De ahí que su sola invocación en el estado actual del trámite no basta para autorizar el pedido solicitado, lo que no obsta su posible consideración y evaluación en una etapa posterior.

En efecto, una ponderación armoniosa del régimen de restitución internacional de menores establecido en la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, con el régimen aplicable a los refugiados —previsto en la Convención relativa al Estatuto de los Refugiados de 1951, su Protocolo de 1967 y la Ley 26.165 Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado—, conduce a la necesidad de adoptar, como primera cuestión, una pronta resolución sobre los recursos extraordinarios sometidos a conocimiento del Tribunal, de modo que se ponga fin al asunto debatido en este juicio, sin perjuicio de que, como segunda cuestión, la condición de refugiado de los niños —de mantenerse vigente— pueda ser nuevamente planteada y evaluada en la etapa de ejecución de la sentencia firme que admite el pedido de restitución internacional.

En tales condiciones, corresponde desestimar el pedido de suspensión formulado por el recurrente y examinar los remedios federales interpuestos por ante esta Corte Suprema.

3°) Que los recursos extraordinarios resultan inadmisibles (art. 280

del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), por lo que se los desestima.

4°) Que frente a las consecuencias que se derivan de la decisión aquí adoptada —se mantiene la orden de restitución inmediata de los niños a su país de residencia habitual por configurarse un supuesto de sustracción internacional ilícita de estos por parte de su progenitor—, este Tribunal exhorta a la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) a que examine de manera definitiva el mérito de la solicitud de refugio —a la que se dio trámite el 2 de diciembre de 2024— con la mayor celeridad posible y priorizando el interés superior de los niños a fin de evitar una posible dilación en la ejecución de la sentencia restitutoria, de así corresponder, máxime frente a las consecuencias que de ello se deriva.

A tal efecto, resulta pertinente mencionar, como lo pone de manifiesto el señor Defensor General Adjunto de la Nación en su dictamen, que el proceder del progenitor de los niños

deja traslucir una llamativa coincidencia entre la oportunidad del inicio de la solicitud de refugio y el dictado de la sentencia de grado que ordenó la restitución inmediata de los niños a la Federación Rusa, además de una considerable demora en formular aquella petición protectoria para sus hijos desde su ingreso a este país.

5°) Que, por último, el Tribunal estima conveniente reafirmar que el objetivo del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores radica en garantizar el regreso del niño no solo inmediato sino también seguro (conf. Fallos: 339:1763). A tal efecto, el magistrado a cargo del proceso, de acuerdo a las particularidades del caso, determinará la forma, el modo y las condiciones en que deberá llevarse a cabo el retorno, procurando siempre decidir por aquellas que resulten menos lesivas para los niños. A tal efecto, resulta apropiado poner en su conocimiento las sugerencias que, a modo de colaboración, efectúa el señor Defensor General Adjunto en el punto VI de su dictamen.

Por ello, habiendo tomado intervención el señor Defensor General Adjunto de la Nación, se rechaza el pedido de suspensión del proceso y se desestiman los recursos extraordinarios. Con costas. Exhórtese a la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) en los términos del considerando 4°.

Notifíquese, comuníquese la decisión a la Autoridad Central Argentina y a la citada Comisión, hágase saber al juez de la causa el punto VI del dictamen anteriormente mencionado y devuélvase.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba que confirmó la sentencia que había admitido el pedido de restitución internacional formulado por la progenitora de M.A.P. y V.A.P. a la Federación Rusa, en los términos del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, La Haya, 1980 (aprobado por la ley 23.857 y ratificado por Argentina el 19 de marzo de 1991), el progenitor de los niños y el Defensor Público dedujeron sendos recursos extraordinarios que fueron concedidos.

En su remedio federal, el padre de los menores pide, además, la suspensión del proceso con sustento en la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado de sus hijos ante la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) que se encuentra en trámite.

2°) Que en el actual estado de este proceso el pedido de suspensión formulado por el recurrente no resulta atendible.

La invocación del recurrente de que se encuentra en trámite ante la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) la solicitud de la condición de refugiados de los niños involucrados en esta causa en los términos de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado n° 26.165 y que, por lo tanto, gozan de la protección que dicha ley confiere (principio de no devolución), no es un motivo suficiente para suspender el trámite de esta causa tendiente a determinar la configuración de un supuesto de traslado internacional ilícito de los menores de edad por parte de un progenitor, sin que ello obste a su posible consideración por el juez de la causa en una etapa posterior.

En efecto, una ponderación armoniosa del régimen del citado convenio de La Haya 1980 y el de la Convención relativa al Estatuto de los Refugiados de 1951 (aprobado por la ley 15.869 y ratificado por la Argentina el 15 de noviembre de 1961), su Protocolo de 1967 y la ley 26.165 —que invoca el recurrente—, conduce a la necesidad de adoptar una pronta resolución sobre los recursos extraordinarios sometidos a conocimiento del Tribunal, de

modo que se ponga fin al asunto debatido en este juicio en los términos del convenio de La Haya 1980, sin perjuicio de que en la etapa de ejecución de la sentencia pueda ser evaluado el estado en que se encuentre el trámite de solicitud de la condición de refugiado de los niños.

En consecuencia, corresponde desestimar el pedido de suspensión formulado por el recurrente y examinar los remedios federales interpuestos por ante esta Corte Suprema. 3°) Que los recursos extraordinarios resultan inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), por lo que se los desestima.

4°) Que frente a las consecuencias que se derivan de la decisión aquí adoptada, este Tribunal considera conveniente exhortar a la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) a que se pronuncie sobre la solicitud de refugio —a la que se habría dado trámite el 2 de diciembre de 2024— con la mayor celeridad posible en atención a los derechos en juego.

Por ello, habiendo tomado intervención el señor Defensor General Adjunto de la Nación, se rechaza el pedido de suspensión del proceso y se desestiman los recursos extraordinarios. Con costas. Exhórtase a la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) en los términos del considerando 4°. Notifíquese, comuníquese la decisión a la Autoridad Central Argentina y a la citada Comisión, y devuélvase

Recursos extraordinarios interpuestos por **A.P. —progenitor de los niños cuya restitución se solicita—**, representado por los **Dres. María Fernanda Pujol y Román Calos de Vit**; y por el **Dr. Marcelo Javier Rinaldi —Defensor Público Oficial de la Ciudad de Villa Carlos Paz—**, en representación de los menores **M.A.P. y V.A.P.**

Traslado contestado por **V.A.K. —progenitora de los niños—**, representada por la **Dra. Graciela Berta Gamboa (Defensora Oficial Itinerante de la Defensoría Pública de Córdoba)**.

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado en lo Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Villa Carlos Paz de Primera Nominación, Provincia de Córdoba.**

CSJ 1286/2025/CS1 K, V. A. c/ P., A. s/ restitución internacional

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

JULIÁN HORACIO LANGEVIN, Defensor General Adjunto de la Nación, constituyendo domicilio en la calle Lavalle 1832, 3° piso, Capital Federal, y domicilio electrónico CUIL 20-14851132-3 y Clave Única de Identificación de Defensorías -CUID 50000000024, casilla electrónica email jlangevin@mpd.gov.ar, vengo a contestar la vista conferida digitalmente.

I.- En atención a lo que surge de estos obrados, asumo la representación que por ley me corresponde (cf. arts. 103 del Código Civil y Com. de la Nación; 36 inc. c) y 43 inc. b) de la Ley Orgánica del Ministerio Público N°27.149), respecto de los niños **M.A.P y V.A.P.**, nacidos el 31/12/2015 y el 10/11/2017 respectivamente.

II.- En tal carácter procedo a dictaminar con relación a los recursos extraordinarios federales concedidos, oportunamente interpuestos por el Sr. A.P. y por el Defensor

Público (Representante Complementario), Marcelo J. Rinaldi. contra la resolución dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba con fecha 4 de febrero de 2025.

Por medio de tal pronunciamiento se resolvió: I. Rechazar el recurso interpuesto por el Sr. A.P. y II. Confirmar la resolución de primera instancia recurrida, que en cuanto aquí interesa, dispuso ordenar la restitución inmediata de los niños **M.A.P.** y de **V.A.P.** a la Federación Rusa, e imponer al señor A.P. la obligación de realizar todas las gestiones necesarias para el cumplimiento de la orden que se dispone, dentro de los 10 días de que quede firme la presente sentencia, bajo apercibimiento de considerar incumplida una orden judicial y remitir los antecedentes a la justicia del crimen (art. 239 C. Penal).

III.- A fin de poder expedirme, me referiré en primer término a los hechos en que se funda la presente acción, vinculados con la cuestión a resolver.

Con fecha 04/07/2024 se iniciaron las presentes actuaciones electrónicas, a raíz de la solicitud de restitución internacional de los niños **M.A.P.** y **V.A.P.** articulada por la Federación de Rusia a petición de la madre de los niños, Sra. V.A.K., por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, y con la representación de la Dra. Gamboa, Asesora Letrada Itinerante con Funciones Múltiples de esa sede judicial.

La madre de los niños expresó que los menores fueron trasladados y/o retenidos ilícitamente por su padre, A.P., a un pueblo a orillas del lago San Roque, Provincia de Córdoba, sin contar con el domicilio preciso, por lo que se requiere su restitución al lugar de residencia habitual sito en Moscú, Federación Rusa.

En la solicitud referenciada se señaló, que hasta el mes de marzo de 2022, los niños vivían con la progenitora en su lugar de residencia en la ciudad de Moscú; y que con posterioridad el progenitor los trasladó ilícitamente a Turquía.

Hasta esa fecha los niños asistían al jardín de infantes y a las instituciones educativas preescolares en su lugar de residencia – Moscú-. Con fecha 04/03/2022 el Sr. P. se llevó a sus hijos durante el fin de semana, y en secreto se fueron de la Federación Rusa. Expresó que el demandado no quiso revelar la ubicación, manifestando que la salida del país tendría motivo en que las cosas serían muy malas en Rusia.

Con el fin de determinar el paradero de los niños, la Sra. K. se dirigió a la policía donde le informaron que el Sr. P. y los niños se encontraban en Turquía.

La progenitora manifestó que desde marzo de 2022 los niños están con el demandado, quien cambia periódicamente su lugar de residencia, por lo que desconoce el lugar exacto en el que se encuentran. Asimismo, refirió que el demandado se comporta de manera irresponsable y actúa en contra de los intereses de los niños, ya que impide que reciban una educación completa, y no les proporciona una nutrición e higiene adecuada. Por todo ello solicitó que se localice a los niños y se ordene su inmediata restitución a su lugar de residencia en Moscú.

Con fecha 04/07/2024 se imprime el trámite previsto por la ley 10.419, se da participación a la Sra. Asesora Letrada Dra. Gamboa en representación de la progenitora de los niños, se cita al progenitor demandado, Sr. A.P., se da intervención al Asesor Letrado -Dr. Rinaldi- en el carácter de Representante Complementario de los niños **M.A.P.** y **V.A.P.**; y al Ministerio Público Fiscal (art. 14 ley 10.419).

En dicha oportunidad se ordenó la prohibición de salir del país de los menores de edad cuya restitución se solicita, a cuyo fin se ordenó oficiar a la Dirección Nacional de Migraciones.

Con fecha 05/07/2024 tomó intervención el Sr. Asesor Letrado, Dr. Marcelo Rinaldi en el

carácter de representante complementario de los menores de autos, en los términos del art. 103 inc. a del CCCN.

Con fecha 22/07/2024, compareció el Sr. A.P. con patrocinio letrado contestó la demanda de restitución internacional, manifestando que él y los niños abandonaron Moscú el 05/03/2022, en medio del enfrentamiento armado entre Rusia y Ucrania (que tuvo su inicio el 24/2/2022). Que esta salida del país fue conocida y consentida por la progenitora. Que el primer destino que tuvieron fue Turquía, suponiendo que la guerra duraría un escaso tiempo, y eso pondría a los niños en resguardo sin salir del continente europeo. Que pese a la intención de ambos progenitores de mantener a los niños a salvo por un tiempo, lo cierto fue que la guerra no cesó, y los niños debían comenzar con una nueva vida fuera de Moscú, por ello, los niños viajaron a Sudamérica, saliendo desde Turquía. Destacó que, desde su salida de Rusia, los niños se mantuvieron de manera prácticamente diaria en comunicación con la Sra. K. mediante video llamadas, mensajes, recibiendo aquella, fotos y la ubicación de los niños en todo momento. Expresó que la salud de los niños no fue ni es un problema, que están en perfecto estado de salud y que han estado recibiendo revisiones periódicas en todas las áreas de salud, y recibido sus vacunas en el país cuando correspondía.

Es por ello que peticona el rechazo del pedido de la Sra. K., con especial imposición de costas y planteó las siguientes excepciones: a) existencia de riesgo en el regreso de los niños al estado requerido (Rusia) por ser un territorio afectado por guerra, b) transcurso del plazo máximo de 12 meses establecido para realizar el reclamo y c) oposición del niño, niña o adolescente, con edad y grado de madurez suficiente para tener en cuenta su opinión, a regresar. De las mismas se corrió traslado a la progenitora, al Ministerio Público Fiscal, y al Asesor letrado como Representante complementario de los niños.

Con fecha 05/07/2024 el Sr. Asesor Letrado Marcelo Rinaldi contestó la vista de las excepciones articuladas por el Sr. P. y manifestó que corresponde adoptar todas las medidas necesarias para la restitución internacional de los menores, según lo dispuesto en el art. 3 y concordantes del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya (1980), con el fin de que el Juez competente en Rusia adopte las medidas de cuidado personal (derecho de custodia), régimen comunicacional (derecho de visitas) y alimentos a favor de los menores. Asimismo, peticionó que se solicite al Juez competente en Rusia la adopción urgente de medidas cautelares para garantizar la protección personal de los niños, a fin de evitar cualquier acto de violencia derivado de la guerra entre Rusia y Ucrania.

Posteriormente se presenta la Dra. Graciela Berta Gamboa, como patrocinante de la Sra. K., evacuó la vista conferida y solicitó que sean rechazadas las excepciones opuestas por el Sr. P. por no configurarse en esta causa ninguna de ellas, debiendo en consecuencia, ordenarse el reintegro de los niños **V.** y **M.** a su centro de vida. Expresó en primer lugar, que la ilicitud del traslado y de la retención fuera del centro de vida de los niños por parte de su padre se encontraba suficientemente probada.

Refirió que el progenitor echó mano de la situación bélica entre Rusia y Ucrania para justificar el traslado y retención ilegítima de los menores, sin dejar de advertir que la situación de autos es por demás extraña al referido conflicto. **Manifestó la progenitora que Ucrania está situada a 1400 km de distancia de Moscú; y que Moscú no ha sido territorio de las acciones bélicas.**

Expresó que si bien el propio Convenio y los tratados internacionales garantizan que los niños sean escuchados previo a resolver cuestiones que los involucran, esto no implica que el tribunal esté obligado a seguir los deseos expresados por el NNA.

Destacó que los niños arribaron a la Argentina en el mes de septiembre de 2023, y que

durante estos escasos meses, hasta la fecha, no hablan y mucho menos dominan el idioma castellano.

Con fecha 03/09/2024 se llevó a cabo la audiencia en los términos del art. 22 de la ley 10.419 estando presentes la actora Sra. V.K. junto a su letrada patrocinante Dra. Graciela Gamboa; el demandado Sr. A. P. junto a sus letradas patrocinantes Dras. Della Siega y Dra. Poggio; el Dr. Rinaldi como representante complementario y el traductor ruso Lic. Villalón.

Con fecha 08/10/2024 se adjuntó el informe elaborado por el Equipo Técnico de esa Sede Judicial, que da cuenta de las entrevistas mantenidas tanto con los progenitores como con los niños. En cuanto aquí interesa se concluye: *“Los niños están inmersos en una conflictiva adulta, en donde el referente parental paterno no ha consensuado con la madre de los niños sobre formas de crianza y modelos de desarrollo personal, y en ese sentido se advierte una captura simbólica, en donde el padre los habría tomado como de su propiedad, cosificándolos y traduciéndoles el mundo según su propia perspectiva, sin considerar a la de la madre de los niños. (...). Por otra parte, resultó visible, la insistencia del Sr. P. de mostrarles a los niños la guerra y explosiones la noche antes de la entrevista con esta perito, donde los niños dan cuenta que solo el que les habla de la guerra es el padre, infundiéndoles así miedo. Los adultos traducimos y damos sentido al mundo a los niños, y en esto hago referencia a que muchas veces en medio de situaciones extremas, los adultos brindan a sus hijos una visión de la realidad amorosa y confiada, esperanzadora, a pesar de la crueldad que se pueda estar viviendo en determinado momento. También, se advierte que los niños son retirados de su país de origen en un momento de extrema vulnerabilidad de la Sra. K., estando sin empleo y en proceso de duelo por la pérdida de su padre. Se advierte que los niños no tienen una relación fluida con su madre, la que además esta mediada por la virtualidad, y por la visión que les da el padre sobre ella. Se resalta la importancia que para el crecimiento y desarrollo de ambos niños es necesario contar con ambos referentes parentales y que puedan vivir en un lugar estable, desarrollando su identidad personal de manera tranquila y con hábitos necesarios en su cotidianidad que los estabilice, con el afecto cercano de ambos padres. M., se advierte como más afectado por esa situación de migrante, ya que habría empeorado sus síntomas desde que se mudaron a Turquía hasta la actualidad en Argentina - y también es quien está más captado por el discurso del padre - habiendo generado síntomas que afecta en desarrollo de su lenguaje verbal, y que por una cuestión idiomática no se logra establecer en esta evaluación, pero que nos habla de una interferencia en su normal desarrollo evolutivo. Lo último a mencionar es que los niños ocupan gran parte del día en tarea escolar, siendo de gran exigencia doble escuela, Rusa y Argentina, no pudiendo determinar cómo es la relación con otros niños fuera de la escuela, lo que restringe también al disfrute del juego con pares, cercenándose otro derecho”.*

Con fecha 24 de octubre del corriente año el Asesor Letrado en el carácter de representante complementario evacuó la vista corrida y el mismo día lo hizo la Sra. Fiscal de Instrucción con Competencia Múltiple del 3er turno de esta ciudad.

Cumplimentados los pasos procesales para resolver con fecha 13/11/2024 se dicta sentencia de grado que en cuanto aquí interesa resuelve: I.- Ordenar la restitución inmediata de los niños **M. A. P.** y de **V. A. P.** a la Federación Rusa. II.- Imponer al señor A. P. la obligación de realizar todas las gestiones necesarias para el cumplimiento de la orden que se dispone, en el plazo de 10 días de que quede firme la presente sentencia, bajo apercibimiento de considerar incumplida una orden judicial y remitir los antecedentes a la justicia del crimen (art. 239 C. Penal).

Dicho decisorio fue recurrido por el demandado y dio origen a la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba dictada con fecha 4 de febrero de 2025, que resolvió

rechazar el recurso interpuesto por el Sr. P.A. y en consecuencia confirmar la resolución de primera instancia recurrida.

Posteriormente el demandado solicitó la urgente suspensión del presente proceso judicial, en razón de que con fecha 2 de diciembre de 2024, la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), ha dado trámite a la solicitud de estatus de refugiado, en los términos de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (artículos 2 ,3, 5, 31, 48, 49 y concordantes de la Ley No 26.165), lo cual inmediatamente otorga la condición de Refugiados y la Protección Internacional de los menores por parte de la República Argentina, teniendo como principal efecto la No Devolución de los refugiados -*Non Refoulement*- por grave riesgo en su Vida y Derechos Humanos de acuerdo a lo prescripto por el artículo 7 de la precitada norma y del artículo 33 de la Convención de Ginebra relativa al Estatuto de los Refugiados de 1951 (Ley N° 15.869), a los niños **V.A.P.** y **M.A.P.**

Sin perjuicio de resaltar que que la suspensión fue rechazada con fecha 12/2/25, se ordenó librar oficio a la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) a los fines de poner en su conocimiento la existencia de la presente controversia, como así también, solicitar informe el estado de los trámites iniciados.

Contra dicha resolución el demandado interpuso recurso de reposición el que también fue rechazado.

El decisorio del STJ dictado el 4 de febrero de 2025, fue impugnado mediante recurso extraordinario federal tanto por el demandado como por el representante del Ministerio Pupilar, los que, fueron concedidos y motivaron la intervención de esa Corte y esta Defensa.

Con fecha 10 de marzo de 2025, la CONARE informó que los trámites de ambos niños se encuentran pendientes de resolución y que los documentos provisorios otorgados por su carácter de solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiados, vencerán el 22/5/2025.

IV.- Bajo la plataforma fáctica descripta, debo señalar ab initio que, como principio general el Ministerio Público debe mantener, en mérito a la indivisibilidad del mismo y para asegurar el derecho de los niños involucrados, una postura de coherencia con lo sostenido en las anteriores instancias, salvo situaciones excepcionales, que justifiquen propiciar un criterio diferente.

En este orden, anticipo que **tal es el caso de autos, donde advierto serias razones para apartarme del criterio finalmente adoptado por el titular del Ministerio de Menores en la instancia provincial de apelación y extraordinaria federal**, en cuanto no propició en tal oportunidad, el regreso de mis defendidos al lugar de su residencia habitual, optó por impugnar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, virando de ese modo en su posición inicial, sin que se advierta cuáles han sido los fundamentos que lo motivaron.

Así, con tal postura, criticó la solución que, por el contrario a mi entender, es la que hoy contempla mejor el interés superior de los niños **M.** y **V.**, a la luz del Convenio de la Haya de 1980.

Fortalecen asimismo las razones de mi apartamiento, lo acontecido con posterioridad al dictado de la sentencia en crisis. Esto es, lo informado en el mes de marzo de 2025 al Tribunal Superior de la causa, respecto de la solicitud efectuada con fecha 2 de diciembre de 2024, por el Sr. A. P. ante la CONARE, pretendiendo que se les confiera a mis defendidos el carácter de refugiados y, como consecuencia de ello, se suspenda la restitución de los menores.

Adviértase que esa medida de protección fue solicitada: ***seis meses** después del inicio

de estas actuaciones; *luego de **once meses** de su ingreso a la República Argentina; ***un mes** después de obtener una sentencia de grado en su contra; y *luego de transcurridos **dos años y nueve meses** de haber salido de Rusia tras el inicio de la guerra. A ello se suma que fue comunicada en la causa, **tres 3 meses** después de haber sido instada. Todos estos datos temporales conducen al suscripto a sostener que tal accionar paterno en apariencia tuitivo, resulta ser en realidad un artificio **tardío, sorpresivo y estratégico para obtener una solución favorable a sus intereses por encima del interés superior de sus hijos, luego de haber obtenido dos sentencias contrarias a su postura**, y conceden mayor fundamento al suscripto para propiciar un cambio de postura en la defensa de estos niños.

V.- Sin perjuicio de todo lo anterior, debo señalar que en lo atinente a la cuestión federal entiendo que al encontrarse en juego la interpretación de cláusulas de tratados internacionales, especialmente, el contenido y alcance de la excepción de "grave riesgo" prevista por el art. 13, apartado (b) del Convenio de La Haya y, el interés superior de los niños **M.A.P. y V.A.P.** (art. 3 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño -CDN-), siendo la decisión contraria a lo sostenido por los recurrentes (Ley 48, art. 4, inc. 3°), los recursos intentados resultan habilitantes de la competencia federal de ese Máximo Tribunal, aunque adelanto desde ya, que a mi entender no resultan procedentes, tal como seguidamente se verá.

Obsérvese, que los recurrentes se agravan centralmente, en cuanto entienden que la sentencia impugnada efectúa una aplicación errónea de la normativa internacional imperante en la materia, resolviendo la cuestión en desmedro del interés superior de los niños.

Sin embargo, a mi criterio, los órganos jurisdiccionales de las instancias anteriores efectuaron un abordaje adecuado de la cuestión llevada a estudio, conforme a las circunstancias comprobadas de la causa, a la normativa internacional y al soft law imperante en la materia, tendientes a restablecer la totalidad de los derechos vulnerados de estos niños tras la sustracción.

Repárese, que de la compulsa de la causa se advierte que ha quedado suficientemente probado y consentido por ambas partes la existencia de un supuesto de sustracción internacional, como así también, que la última residencia habitual de mis defendidos, en los términos del Convenio de la Haya de 1980 era en la ciudad de Moscú, República Federativa de Rusia, quedando pendiente la discusión sobre la procedencia o no de las excepciones opuestas por el demandado, para lograr el no retorno de los niños.

Así, las defensas articuladas por el Sr. A.P. en las distintas oportunidades procesales, aluden en prieta síntesis a: **1)** la oposición de los niños; **2)** la existencia de una situación que exponga a los niños a un grave riesgo; **3)** el plazo del requerimiento y la integración de los niños, y posteriormente; **4)** la suspensión de la devolución en orden a la existencia de una solicitud de reconocimiento del carácter de refugiados de los niños. Cuya procedencia será examinada a continuación.

1) La oposición de los niños: sabido es, que como lo tiene dicho reiteradamente el Máximo Tribunal Federal, debe tratarse de una verdadera oposición, entendida como un repudio genuino e irreductible de regresar a dicho país. Pues la existencia de una simple oposición o preferencia del niño no resulta una circunstancia que, por sí sola, sea suficiente para rechazar la restitución internacional, toda vez que para su procedencia se requiere la existencia de una situación delicada, que exceda el natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia, o la desarticulación de su grupo conviviente. Es decir que la mera invocación genérica de un beneficio para el niño, o

los perjuicios que pueda aparejarle el cambio de ambiente, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución internacional. (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite- cf. Fallos: 347:1234 y, en igual sentido, Fallos: 344:3078).

Y lo cierto es, que tales exigencias no se dan el *sub lite*, a poco que se advierta que luego de las entrevistas mantenidas con el Equipo técnico los profesionales concluyeron que: *“Los niños están inmersos en una conflictiva adulta, en donde el referente parental paterno no ha consensuado con la madre de los niños sobre formas de crianza y modelos de desarrollo personal, y en ese sentido se advierte una captura simbólica, en donde el padre los habría tomado como de su propiedad, cosificándolos y traduciéndoles el mundo según su propia perspectiva, sin considerar a la de la madre de los niños. (...) Por otra parte, resultó visible, la insistencia del Sr. P. de mostrarles a los niños la guerra y explosiones la noche antes de la entrevista con esta perita, donde los niños dan cuenta que solo el que les habla de la guerra es el padre, infundiéndoles así miedo. (...) Se resalta la importancia que para el crecimiento y desarrollo de ambos niños es necesario contar con ambos referentes parentales y que puedan vivir en un lugar estable, desarrollando su identidad personal de manera tranquila y con hábitos necesarios en su cotidianidad que los estabilice, con el afecto cercano de ambos padres. M., se advierte como más afectado por esa situación de migrante, ya que habría empeorado sus síntomas desde que se mudaron a Turquía hasta la actualidad en Argentina - y también es quien está más captado por el discurso del padre - habiendo generado síntomas que afecta en desarrollo de su lenguaje verbal, y que por una cuestión idiomática no se logra establecer en esta evaluación, pero que nos habla de una interferencia en su normal desarrollo evolutivo”.* (el destacado me pertenece).

Asimismo se desprende del referido informe que en la segunda entrevista realizada de manera individual y mediada por traductor mediante video llamada, se recolectó la siguiente información: **“M. puede hablar bastante más que en la primera entrevista y se expresa de una manera adulta, y lo primero que menciona es que no quiere volver a Rusia, “porque no hay mar, no hay lago”, refiriendo querer quedarse en Argentina porque “en Rusia hay guerra, hay drones que chocan los edificios”, diciendo que la noche anterior a venir a la entrevista su papá les mostró un video con imágenes de la guerra.** Se le pregunta qué opinión tiene su mamá de ello, **diciendo que el único que le muestra estas cosas de la guerra es su papá y que su mamá apareció ahora y ella solo piensa que podemos volver a esas explosiones. M. dice que la mamá no quiere quedarse con ellos, y que ellos la dejarán volver cuando no haya más drones, mostrando pesar en su semblante, bajando la mirada.** Respecto de **V.** se presenta diciendo que él vivía en Rusia, y luego vino a la Argentina y que va a la escuela. **Lo que más le gustaba de Rusia era el aeropuerto, que en Rusia hay guerra y que hay drones que chocan contra edificios. Lo que más le gusta de Carlos Paz es el lago, la vista, el Río, el puente, le gusta mucho todo.”** (el destacado me pertenece).

Tales manifestaciones exhiben, a mi entender, por un lado, la fuerte influencia que tiene el padre sobre el discurso de los niños, quien en teoría se los llevó de Rusia para preservarlos de la situación bélica existente en ese país, pero sin embargo es el único que les habla y da información sobre la guerra infundiendo, de este modo, temor y preocupación. En ese discurso los niños identifican el reclamo de la madre con la idea de que quiere llevarlos a una ciudad con explosiones, pero lo cierto es que, el frente de batalla activo no se da concretamente en el lugar de su residencia habitual. Asimismo, si la situación de Moscú fuera tan extrema como lo describe el Sr. A.P. a sus hijos, llama la atención de esta parte que, ni mis defendidos, ni el Sr.A.P. hayan manifestado preocupación por el resto de la familia paterna (abuelos y tío) que residen en Rusia e

incluso por la Sra. V.K. que también vive allí.

Y, por el otro, que los dichos de los niños no reflejan un repudio genuino e irreductible de regresar a Rusia ya que, como se señaló *ut supra*, la existencia de una simple oposición o preferencia del niño no resulta una circunstancia que, por sí sola, resulte suficiente para rechazar la restitución internacional.

Por tal razón entiendo que dicha excepción no puede prosperar, al igual que lo ha entendido el Tribunal Superior de la causa en su sentencia.

2) Existencia de una situación que exponga a los niños a un grave riesgo: en este aspecto la cuestión a examinar radica en determinar si se configura o no tal situación.

En esa senda corresponde mencionar, que esa Corte ha destacado que las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con que debe ponderarse el material fáctico de la causa a la hora de juzgar sobre su procedencia para no frustrar la efectividad del convenio (Fallos: 333:604; 336:638 y 339:1534).

Así, en Fallos: 339:1534 ese Tribunal precisó que *"...una interpretación armónica de los términos del art. 13, inc. b y de la finalidad que inspira el instrumento en el que se encuentra inserta, determina que quien se opone a la restitución 'demuestre' los hechos en que se funda y esa demostración requiere, ineludiblemente, de una prueba concreta, clara y contundente acerca de la existencia de aquéllos (...). Una interpretación contraria conduciría a frustrar el propósito del CH 1980. Empero, no debe perderse de vista que el objetivo del citado convenio radica en garantizar el regreso no solo inmediato del niño sino también seguro. En consecuencia, aun cuando de acuerdo con tales criterios, los hechos invocados y acreditados no alcancen a configurar una excepción a la restitución, nada impide recurrir a las herramientas que resulten necesarias y adecuadas para asegurar que el retorno se lleve a cabo de modo que queden resguardados los derechos de los menores involucrados"* (ver Considerando 7° CSJ 1003/2021/CS1 CSJ 640/2021/RH1 "P. S., M. c/ S. M., M. V. s/ restitución internacional de menores de edad - expte. n° 9193105P", rta. 24/05/2022).

De ahí que el análisis debe centralizarse en: a) la acreditación del riesgo grave que implicara para los infantes dicho retorno y b) la ausencia de medidas de protección adecuadas y eficaces para eliminarlo, paliarlo o neutralizarlo -circunstancia que hace que el regreso no sea seguro-.

En este caso, los riesgos invocados por el Sr. A.P. se vinculan directamente con la situación de enfrentamiento bélico en la que la Federación Rusa se encuentra inmersa desde inicios del año 2022, y la incidencia que ello podría acarrear en la vida de los niños ante el supuesto de regreso a Moscú.

Cabe destacar que en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se desarrolló la Guía de Buenas Prácticas sobre la Interpretación y Aplicación del Artículo 13 (1)(b), publicada en 2020, cuyos lineamientos contribuyen a una interpretación de la excepción consistente con los objetivos perseguidos por el Convenio y la coherencia con su aplicación en el resto de los países.

La Guía dedica un apartado específico a los ejemplos derivados de los riesgos asociados a las circunstancias del Estado de residencia habitual y puntualiza que, en estos casos, *"debe enfocarse en la gravedad de la situación política, económica o de seguridad, en su impacto en el niño y en determinar si el nivel de dicho impacto es suficiente para tener por configurada la excepción de grave riesgo, y no en la situación política, económica o de seguridad del Estado en general."* (párr. 61).

En tal sentido, la Guía enumera ejemplos en los que en procesos radicados en diversos países se descartó la verificación de grave riesgo ante alegaciones de índole genérica.

En esa inteligencia, cabe señalar que los elementos acompañados por el Sr. A.P. (noticias

periodísticas que dan cuenta de la situación en Ucrania o describen el acaecimiento de un ataque terrorista puntual) no logran establecer un grado de peligro concreto y específico sobre los niños, derivado del conflicto bélico en el que la Federación Rusa se encuentra inmersa, en función de la distancia existente entre, la ciudad de Moscú y las zonas más candentes del enfrentamiento.

Asimismo debe tenerse en cuenta que la propiedad familiar se encuentra en una zona aún más alejada, tal como lo señaló la progenitora durante la celebración de la audiencia virtual. A mayor abundamiento, es dable poner de resalto que el propio Tribunal Superior en atención a las discrepancias entre lo descripto por la Sra. K.V.A. y por el Sr. P.A., en cuanto al panorama existente en Moscú, en aras de ubicar una fuente de consulta informativa confiable sobre la real situación en esa zona a efectos de la ponderación inherente a la defensa de “grave riesgo”, recurrió, tal como lo destacó en el decisorio puesto en crisis, a la página web oficial (y su remisión a las redes sociales) de la Embajada de la República Argentina en la Federación Rusa (efrus.cancilleria.gob.ar) y señaló que no se desprende de la consulta a dichas fuentes la evidencia de episodios recientes que sostengan el nivel de peligrosidad asociado a la vida cotidiana que relata el Sr. P.A., y más bien dan cuenta de la posibilidad de la representación diplomática argentina de llevar adelante variadas actividades culturales, educativas, promoción de intereses comerciales y de cooperación, sin interrupción. Situación que hoy se mantiene en idéntico sentido, tras haber sido compulsadas las mismas fuentes.

Asimismo para adoptar la decisión que los recurrentes cuestionan, el Superior Tribunal de Córdoba recurrió a la jurisprudencia extranjera adoptada en supuestos con una base fáctica análoga (invocación de grave riesgo ante el retorno a Rusia, basados en la situación de guerra), en las que se rechazó la excepción de “grave riesgo” y se ordenó la restitución a la Federación Rusa (conforme: England and Wales High Court (Family Division) TMS v AVS [2023] EWHC 1620 (Fam) publicado en <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2023/1620.html>) y Corte Suprema de Finlandia, S2023/151, 27/9/2023, vol. 1358, ECLI:FI:KKO:2023:66, publicada en <https://eapil.org/2023/11/23/finnish-supreme-court-refugees-children-must-return-to-mother-in-russia/>).

En orden a todo ello, cabe concluir, que en el sub lite, el rechazo de esta excepción también debe ser confirmado.

Sin embargo, entiendo que deben adoptarse al momento de ejecutar la sentencia restitutoria algunas medidas que garanticen que el regreso de mis defendidos sea seguro, las que serán detalladas más adelante.

3) El plazo del requerimiento y la integración de los niños: al respecto entiendo, que tal como lo señaló el Tribunal Superior, cabe reconocer la complejidad existente en torno a este punto.

Ello es así, toda vez que la incertidumbre acerca de la duración del enfrentamiento armado y sus implicancias en torno a la vida de los niños, permiten conceder una cuota de razonabilidad y reconocer como válida cierta tolerancia inicial de la Sra. V.K. a la permanencia provisoria de sus hijos en el extranjero (Turquía), como así también, su intención de viajar hacia Turquía, que fuera frustrada ante el traslado unilateral de sus hijos por el Sr. A.P. hacia Argentina.

Pero tal como lo destacó el Tribunal Superior de la causa, ante la dificultad para ubicar parámetros certeros y coherentes con la mecánica del Convenio para establecer el cómputo del plazo del año previsto en el art. 12, advierto que tal circunstancia, se torna intrascendente, en tanto no se configura el otro recaudo previsto en el art. 12, 2do

párrafo de la Convención, exigible para autorizar la denegación de la restitución: esto es, la integración de los niños al nuevo medio.

Al respecto cabe señalar que si bien **M.A.P.** y **V. A.P.** han sido escolarizados en Villa Carlos Paz al momento de su arribo al país (septiembre 2023), y participan en distintas actividades educativas propias del nivel transitado (conforme surge de la documentación que adjuntó el demandado), lo cierto es que, de los testimonios de las docentes y del informe técnico efectuado en autos se desprenden con claridad, los obstáculos idiomáticos y culturales con los que se topan, los niños en lo cotidiano. Adviértase que el manejo del español por parte de los niños es incipiente y no se observa la existencia de redes familiares o de amistad alrededor de los niños. Esto se ve reforzado incluso por la descripción efectuada por la propia Lic. Carreño, en su informe ambiental a pedido del Sr. A.P. quien da cuenta de que las redes familiares se encuentran en el extranjero y que incluso el tratamiento fonoaudiológico de **M.A.P.** es llevado a cabo de manera remota con profesionales de la Federación Rusa.

A igual conclusión se arribó en el informe psicosocial efectuado en la causa, en el que también se destaca la existencia de una barrera idiomática, en tanto sólo podían comunicarse mediante la escritura español/castellana, especialmente **V.**, y no alcanzaban a comprender en su totalidad las preguntas que se le realizaban. No obstante ello, dibujaron y lograron expresar algunas ideas y emociones ligadas a la vivencia de su situación actual. Se advierte que los niños expresan resquemor ante las circunstancias de guerra en Rusia, pero explícitamente admiten haber sido expuestos a imágenes que retrataban el conflicto por su padre, extremo éste que no puede ser desatendido a la hora de valorar judicialmente el estado de ánimo expresado por los niños en torno a la cuestión. También se desprende que cuando quieren aludir a lo que les gusta de donde viven actualmente, coinciden poner el foco en el entorno geográfico (el lago, la vista, el río).

En su informe, la perita identificó notas de desarraigo e incertidumbre al interpretar los dibujos de barcos, relacionándolos con “vivencia de desarraigo y de inestabilidad que los atraviesa al no estar, en esta etapa vital no solo en un lugar físico geográfico estable, sino lejos de su madre, separados del referente parental materno (se traduciría en no pertenezco ni aquí Argentina, ni allá Turquía)”. Tampoco pudo obtener la profesional elementos para valorar su interacción con otros niños, ya que: *“Los niños ocupan gran parte del día en tarea escolar, siendo de gran exigencia doble escuela Rusa y Argentina, no pudiendo determinar cómo es la relación con otros niños fuera de la escuela, lo que restringe también al disfrute del juego con pares...”*

Frente a tal escenario, entiendo que la vinculación con el nuevo medio, no puede ser considerada una verdadera “integración” en los términos convencionales y con la potencialidad de motivar -en conjunto con el transcurso del año calendario, art. 12 del CH 1980- la autorización para denegar la restitución.

Por lo tanto, tal excepción tampoco resulta pertinente.

4) Suspensión de la devolución en orden a la existencia de una solicitud de reconocimiento del carácter de refugiados de los niños: respecto de la defensa intentada como *última ratio* en la etapa procesal extraordinaria, me remito al análisis efectuado en los últimos tres párrafos del punto IV, para concluir que tal diligencia ante la CONARE, **resultó tardía, sorpresiva y estratégica.**

Ello me conduce a sostener que se trata de un accionar dilatorio, que en modo alguno protege el interés que represento, sino que por el contrario, prolonga la vulneración de los derechos de mis defendidos, puntualmente, el derecho de aquellos, a mantener contacto con ambos progenitores (art. 9 CDN).

Razón por la cual esa defensa tampoco puede prosperar.

VI.- En orden a todo lo expuesto, considero que corresponde desestimar los recursos extraordinarios planteados y confirmar el decisorio del Tribunal Superior de la causa. Sin perjuicio de la solución que propugno, entiendo que resulta claro de la compulsa de la causa, que **al momento de ejecutar la sentencia restitutoria (cf. art. 2642 del CCyCN) será necesario -para que esta realmente se haga efectiva-, adoptar algunas medidas tendientes a lograr que el regreso de mis defendidos sea seguro.**

Considero que no pasa inadvertido a los ojos de V.E. que se ha implantado en mis defendidos una visión desvirtuada de la imagen de su madre, a quién asocian con la persona que quiere llevarlos “al lugar de las explosiones”. Tal circunstancia exige que durante la ejecución de la sentencia, se realice un abordaje integral y un acompañamiento terapéutico.

En tal sentido, a modo de colaboración sugiero, que se articulen **las siguientes medidas conjuntas entre los Estados requerido y requirente:**

1.- Deberá darse efectiva participación a los Jueces de Enlace y a las Autoridades Centrales de ambos países, haciendo saber que se ha ordenado la restitución de estos niños a Rusia, para que adopten las medidas que estén a su alcance, a fin de garantizar su regreso seguro.

2.- Deberá garantizarse por intermedio de dichas autoridades que se adopten en Rusia las medidas disponibles para asegurar el ingreso al país del Sr. A.P. y sus hijos, con la protección pertinente de los niños, a fin evitar cualquier acto de violencia derivado de la guerra entre Rusia y Ucrania y resguardar su integridad psicofísica.

3.- Asimismo, con la mayor celeridad posible, deberá comenzar a coordinarse, por intermedio de los Jueces de Enlace, lo relativo a las cuestiones de fondo (derecho de custodia y régimen comunicacional) a fin de que mis defendidos, al llegar al lugar de su residencia habitual vean restablecidos sus derechos en forma inmediata.

4.- Por último, deberá darse intervención, de manera urgente, a un Equipo interdisciplinario para que dé inicio al abordaje terapéutico que las circunstancias del caso ameriten, a fin de recomponer y reforzar los lazos materno filiales, acompañando a los niños en el proceso de retorno.

VII. Por lo expresado solicito a V.E. que rechace los recursos extraordinarios interpuestos, y haga saber al juez a cargo de la ejecución -de conformidad con lo normado por el art. 2642 del CCyCN-, lo señalado en pto. VI del presente, a fin de tutelar efectivamente los derechos de mis asistidos y garantizar que su interés superior sea una consideración primordial en todo momento (cf. Ob. Gral. N° 14 del Comité de los Derechos del Niño).

DEFENSORÍA GENERAL ADJUNTA DE LA NACIÓN, 24 de junio de 2025.

LANGEVIN Julian Horacio

Firmado digitalmente por

LANGEVIN Julian Horacio

Fecha: 2025.06.24 15:15:43 -03'00'

Digitally signed by JULIAN

HORACIO LANGEVIN

Date: 2025.06.25 07:34:10 ART

La prescripción liberatoria en los contratos de seguros en una relación de consumo

The statute of limitations in insurance contracts in a consumer relationship

Enzo Mario Martín Cequeira Villarreal¹

Aval académico: Anabel Colombero

RESUMEN:

La reforma de la Ley 26.994 al art. 50 de la LDC—que suprimió la referencia expresa al plazo trienal para acciones judiciales—reabrió el debate entre el plazo anual del art. 58 de la Ley de Seguros y el plazo genérico quinquenal del art. 2560 CCCN. En el marco de esa tensión, recientes pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en “Torres, Oscar c/ Caruso Compañía Argentina de Seguros S.A.” y “Díaz, Paulo Andrés c/ Allianz Argentina Compañía de Seguros S.A.”, consolidan un criterio pro-consumidor: aplican el plazo quinquenal del art. 2560 CCCN a acciones derivadas de seguros cuando median relaciones de consumo. Se examinan los fundamentos normativos y hermenéuticos (especialidad vs. tutela consumeril y “diálogo de fuentes”) y se extraen implicancias prácticas para la litigación.

ABSTRACT

The 2014 reform to Article 50 of Argentina’s Consumer Protection Law removed the explicit three-year term for judicial actions, reigniting debate over the one-year statute in the Insurance Law versus the five-year term in the Civil and Commercial Code. Recent rulings by Córdoba’s High Court of Justice adopt a pro-consumer approach, applying the Civil Code’s five-year term to insurance disputes within consumer relationships. This note analyzes the competing hermeneutic theses and extracts practical implications for litigation strategy.

PALABRAS CLAVE: Ley de Defensa del Consumidor; Ley de Seguros; Prescripción liberatoria; Código Civil y Comercial; Diálogo de fuentes.

KEYWORDS: Consumer Protection Law; Insurance Law; Statute of Limitations; Civil and Commercial Code; Dialogue of Sources

¹ Enzo Mario Martín Cequeira Villarreal. Abogado. Adscripto a la cátedra de Derecho Privado II, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba (UNC).

I. Planteo del problema

La cuestión central es definir qué plazo prescriptivo rige la acción para exigir cobertura de siniestros en contratos de seguro cuando existe relación de consumo. La evolución del art. 50 LDC—del trienio general (L. 26.361) a la limitación a “sanciones” (L. 26.994)—eliminó un anclaje específico para acciones judiciales consumeriles. En paralelo, el art. 58 LS mantuvo el plazo anual y el art. 2560 CCCN fijó un plazo genérico quinquenal, reavivando la colisión de fuentes.

II. Dos tesis en tensión

1.1. Tesis de la especialidad asegurativa

Sostiene que el art. 58 LS, como norma especial del microsistema de seguros, desplaza el art. 2560 CCCN. La reforma del art. 50 LDC habría sido un giro “regresivo” pero válido; la reducción de plazos no afecta per se derechos humanos ni viola el principio de progresividad. Se privilegia la seguridad jurídica y la coherencia sistémica evitando desnaturalizar el régimen propio del seguro. (V. Tambussi).

Esta es la posición de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el reciente precedente *“Toscano, Jorge L. c/ Caja de Seguros S.A.”* (30/07/2024), ratificó la aplicación preferente del plazo de prescripción anual del art. 58 de la Ley de Seguros frente al plazo general de cinco años del art. 2560 del Código Civil y Comercial, aun cuando el contrato de seguro esté comprendido en una relación de consumo. Fundamento su postura sosteniendo que la ley de seguros es una norma especial de aplicación preferente frente al plazo genérico.

El alto tribunal entendió que no existe conflicto normativo ya que el legislador mantuvo deliberadamente la vigencia del régimen especial asegurativa. La Corte destacó que el acortamiento de plazos responde a políticas legislativas orientadas a la seguridad jurídica, no a una regresión de derechos apoyando esta postura en el principio la máxima *lex specialis derogat legi generali*.

La Corte señaló que la reducción del plazo prescriptivo no vulnera derechos humanos ni el principio de progresividad, y que la seguridad jurídica justifica mantener plazos breves en el ámbito del seguro, sin que ello importe regresividad en materia de tutela del consumidor. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. (2024). *Toscano, Jorge L. c/ Caja de Seguros S.A.*, C. 125.525.)

1.2. Tesis pro-consumidor

Afirma que, al carecer hoy la LDC de un plazo procesal específico, debe aplicarse el plazo común de 5 años (art. 2560 CCCN) cuando esté comprometido un contrato de consumo, núcleo de orden público con tutela constitucional (art. 42 CN). El diálogo de fuentes impone armonizar microsistemas a la luz de la finalidad protectoria, sin sacrificar la especialidad consumeril frente a otras especialidades sectoriales. (V. Lorenzetti; doctrina y jurisprudencia citadas).

III. Los pronunciamientos comentados

1.1. “Torres, Oscar c/ Caruso Compañía Argentina de Seguros S.A.”

Demanda por seguro de vida (fallecimiento 29/04/2020). La aseguradora opuso prescripción anual (art. 58 LS). Primera instancia rechazó la defensa aplicando el anterior art. 50 LDC; Cámara aplicó cinco años (art. 2560 CCCN). El TSJ Córdoba, al resolver el recurso, se inclinó por la tesis pro-consumidor, ubicando el caso en el radio protector del contrato de consumo y, por ello, en el quinquenio del art. 2560 CCCN.

1.2. “Díaz, Paulo Andrés c/ Allianz Argentina Compañía de Seguros S.A.”

Robo de vehículo (21/04/2019); demanda 25/11/2021. La aseguradora opuso prescripción anual. Primera instancia admitió la defensa; Cámara revocó, declaró inconstitucional el art. 3.4 Anexo II L. 26.994 (reforma del art. 50 LDC) y aplicó cinco años. El TSJ Córdoba ratificó el enfoque integral: el microsistema asegurativo no puede restringir o suprimir la tutela mínima consumeril; procede el art. 2560 CCCN.

IV. Fundamentos del criterio del TSJ Córdoba

1. Centralidad del contrato de consumo. El CCCN lo ubica en la parte general, con eficacia transversal sobre tipos especiales.
2. Diálogo de fuentes. No rige una prioridad mecánica de la especialidad sectorial; se armoniza el sistema buscando el resultado más protector.
3. Orden público y jerarquía constitucional. El art. 42 CN y el “núcleo duro” de tutela obligan a no erosionar el estándar mínimo mediante plazos abreviados ajenos a la lógica protectoria.
4. Coherencia funcional. La solución quinquenal evita disparidades injustificadas y promueve seguridad jurídica material para el consumidor sin desnaturalizar el seguro.

V. Conclusión

Los fallos comentados zanjaron—al menos a nivel local—la controversia: cuando el contrato de seguro se inscribe en una relación de consumo, rige el plazo quinquenal del art. 2560 CCCN. El TSJ Córdoba articula las fuentes desde un paradigma protector, afirmando que la especialidad asegurativa no puede erosionar el estándar mínimo del consumidor, de raigambre constitucional. La solución aporta previsibilidad y coherencia: alinea el derecho de seguros con el núcleo duro del CCCN y fortalece la tutela efectiva en el mercado de consumo.

Referencias Bibliográficas

- Lorenzetti, R. L. (2003). Consumidores. Rubinzal-Culzoni.
- Pizarro, R., & Vallespinos, C. G. (2017). Tratado de las obligaciones (T. II). Rubinzal-Culzoni.
- Sobrino, W. (2023). Prescripción de cinco años en seguros. ¿Se aplica la Constitución

- Nacional, los tratados internacionales y el Código Civil y Comercial? La Ley, AR/DOC/1297/2023.
- Tambussi, C. E. (2016). Consumidores, derechos humanos, convencionalidad y no regresividad: Aportes para la argumentación. Revista de Derecho de Daños, 2016-1 (Consumidores). Rubinzal-Culzoni.

Normativa citada

- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. (2015). Art. 2560.
- Ley 17.418 de Seguros. (1967). Art. 58.
- Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. (1993). Art. 50 (t.o. y mod. por L. 26.361 y L. 26.994).
- Constitución de la Nación Argentina. (1994). Art. 42.

Fallos

EXPEDIENTE SAC: 11050188 - TORRES, OSCAR C/ CARUSO COMPAÑIA ARGENTINA DE SEGUROS SA - ABREVIADO OTROS - TRAM.ORAL PROTOCOLO DE SENTENCIAS. NÚMERO: 95 DEL 03/07/2025

En la ciudad de Córdoba, de conformidad a lo dispuesto por el Acuerdo número un mil seiscientos veintinueve (1629) Serie "A" del seis (06) de junio del dos mil veinte (punto 8 del Resuelvo) dictado por el Tribunal Superior de Justicia, los Señores Vocales de la Sala Civil y Comercial, Dres. María Marta Cáceres de Bollati, Domingo Juan Sesin y Jessica Raquel Valentini, bajo la presidencia de la primera, proceden a dictar sentencia en los autos caratulados: "TORRES, OSCAR C/ CARUSO COMPAÑIA ARGENTINA DE SEGUROS SA - ABREVIADO - OTROS TRAM.ORAL" (EXPTE. N.º 11050188), determinando en primer lugar las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA CUESTION: ¿Es procedente el recurso de casación? SEGUNDA CUESTION: En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? Conforme al sorteo que en este acto se realiza, los Señores Vocales votan en el siguiente orden: Dres. María Marta Cáceres de Bollati, Domingo Juan Sesin y Jessica Raquel Valentini. A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL, DOCTORA MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI, DIJO: Expediente SAC 11050188 - Pág. 1 / 14 - N° Res. 95 I. La aseguradora demandada –a través de su apoderado, Dr. Ángel Valenzano interpone recurso de casación en contra de la Sentencia número 14 dictada el día 14 de marzo de 2024 por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Familia de la Ciudad de Villa María en autos "TORRES, OSCAR C/ CARUSO COMPAÑIA ARGENTINA DE SEGUROS SA - ABREVIADO - OTROS - TRAM.ORAL" (EXPTE. N.º 11050188), invocando la causal del inciso 3º del art. 383 del CPCC. En sede de grado la impugnación tramitó con traslado a la contraria; quien dejó transcurrir el plazo legal sin contestar los agravios. Mediante Auto número 105 de fecha 23 de julio de 2024 el tribunal de grado concedió la impugnación extraordinaria. Elevadas las actuaciones a esta sede, se corrió vista al Ministerio Público Fiscal, quien dictaminó por intermedio del Sr. Fiscal Adjunto. Dictado el decreto de autos, quedó la causa en estado de ser resuelta. II. Según da cuenta la causa, el 27/6/2022 la actora promovió demanda por incumplimiento contractual reclamando el cobro del seguro de vida contratado, más daño moral. Alega que el fallecimiento del asegurado se produjo el 29/4/2020 y que la aseguradora declinó injustificadamente la cobertura. En la contestación, la accionada planteó la defensa de prescripción liberatoria invocando el plazo anual que contempla el art. 58 de la Ley 17.418; en tanto que la actora se opuso,

solicitando la aplicación del plazo del art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor. En primera instancia, la excepción fue desestimada en la inteligencia de que correspondía aplicar el plazo de tres años previsto por el art. 50 de la LDC para las sanciones administrativas; decisión que impugnó la aseguradora por vía de apelación. El tribunal de alzada juzgó aplicable el plazo quinquenal que contempla el Código Civil y Comercial de la Nación y rechazó el recurso. Contra esa decisión la accionada dedujo recurso de casación invocando el inciso 3º del art. 383 CPCC; el cual resultó formalmente habilitado. Expediente SAC 11050188 - Pág. 2 / 14 - Nº Res. 95 En el memorial casatorio, la demandada afirma que la sentencia dictada en el presente caso se funda en una interpretación del derecho que resulta contraria a la asumida por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Sexta Nominación de esta Ciudad, en autos "Stratta, Fabián Marcelo c/ La Segunda Cooperativa Ltda. Seguros Generales - Abreviado - Cumplim. Resolución Contrato - Trámite Oral - Expte. 10186890" (Sentencia n.º 192 del 7/12/2023). Acompaña copia del fallo que invoca como antagónico en observancia de lo dispuesto por el art. 386 del CPCC. Esgrime que se cumple con el requisito de paridad fáctica porque se trata de obligaciones derivadas del contrato de seguro donde se debe resolver el plazo de prescripción aplicable. Añade que en el fallo antagónico se juzgó la cuestión a la luz del art. 58 de la Ley 17.418 y que, en cambio, en la sentencia impugnada se estipuló aplicable el plazo general de 5 años que contempla en art. 2560 del CCCN. Sintetiza el contenido de ambos pronunciamientos y postula como correcta la aplicación del plazo anual previsto en el art. 58 de la LS. III. El recurso de casación ha sido correctamente concedido, ya que los casos puestos a consideración de los distintos órganos jurisdiccionales resultan análogos y las resoluciones dictadas contienen interpretaciones opuestas en torno a una misma cuestión jurídica. Ello autoriza la intervención de este Alto Cuerpo a efectos de sentar doctrina legal sobre el punto en discusión y superar el diferente tratamiento que los Tribunales intervinientes han dispensado a los casos resueltos. IV. Materia sujeta a unificación: La materia sujeta a unificación consiste en determinar cuál es el plazo de prescripción aplicable a la obligación de cubrir el siniestro que nace del contrato de seguro, cuando la relación que vincula a las partes es de consumo. V. La historia da cuenta que la discusión acerca del plazo de prescripción de la Expediente SAC 11050188 - Pág. 3 / 14 - Nº Res. 95 obligación nacida de un contrato de seguro que se enmarca, a su vez, como relación de consumo, transitó por diferentes regímenes legales durante las últimas décadas a raíz de las modificaciones que tuvo el art. 50 de la LDC. La cuestión parecía zanjada cuando se dictó la Ley 26.361 pues quedó claro, a partir de entonces, que las acciones judiciales emergentes de la relación de consumo tenían un plazo especial de prescripción (3 años, conf. art. 50) que desplazaba al art. 58 de la Ley 17.418. Este Alto Cuerpo fijó posición en ese sentido en el año 2013 en la causa "D'Andrea.." (Sent. 190/2013); criterio que fue, luego, reiterado en el precedente "Torri.." (Sent. 41/2014). En el año 2015, con motivo de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, se modificó nuevamente el artículo 50 de la LDC; el cual actualmente establece: "Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas". En palabras sencillas, la modificación consiste en que, en lo concerniente a la prescripción liberatoria, las acciones nacidas de la relación de consumo ya no se rigen por la LDC. Dicho esto, cabe conceder que en una primera lectura de la norma declarada inconstitucional, la supresión del plazo especial de 3 años previsto para las acciones judiciales emergentes de la LDC parece cristalizar un retroceso en el sistema legal protectorio. Sin embargo, tal conclusión no es del todo correcta; al menos no lo es en cuanto al conflicto normativo suscitado en autos, ya que -como se verá- la discusión

se reduce a un problema hermenéutico que puede válidamente ser resuelto por la judicatura. VI. Criterios actuales para la solución del conflicto: A mi juicio, a partir de la modificación del art. 50 de la LDC vigente desde el año Expediente SAC 11050188 - Pág. 4 / 14 - N° Res. 95 2015 coexisten dos normas que pueden definir el plazo de prescripción aplicable al supuesto de autos. Tratándose de un contrato de consumo, y teniendo en cuenta que el Código Civil y Comercial no ha previsto de modo singular un plazo de prescripción aplicable, la cuestión podría quedar encuadrada en el denominado plazo genérico que contempla el art. 2560 del CCCN: "Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local". Asimismo, estamos ante un contrato de seguro, motivo por el cual también podría resultar aplicable el art. 58 de la ley 17.418 que establece: "Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible...". Esta dicotomía ha renovado las discusiones doctrinarias y los planteos ante los tribunales, dando lugar a dos grandes líneas hermenéuticas: una que se inclina por la especialidad de la ley de seguros y la otra que enarbola la tesis pro-consumidor. La postura consumeril es defendida por numerosos autores, quienes mediante diferentes enfoques y argumentos, propician dejar de lado el plazo anual de la Ley 17.418. Entre ellos, encontramos a Waldo Sobrino ("Prescripción de cinco años en seguros. Se aplica la Constitución Nacional, los tratados internacionales y el código civil y comercial?" LA LEY AR/DOC/1297/2023), Federico Álvarez Larrondo (Manual de Derecho del Consumidor, Erreius, 2017, pág. 773/774), Lidia Garrido Cordobera Gabriel Stiglitz y Carlos Hernández (Tratado de Derecho del Consumidor, La aplicación de la Prescripción del art. 50 LDC y el principio "pro consumidor", Tomo IV, pág. 93), Carlos J. M. Federik (El plazo de prescripción en el contrato de seguro. A propósito del fallo "Toscano", TR LALEY AR/DOC/3027/2024). La mayoría de la jurisprudencia local avala esta posición. Además del tribunal a-quo, se enrolan en la tesis pro-consumidor las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera, Expediente SAC 11050188 - Pág. 5 / 14 - N° Res. 95 Cuarta, Quinta y Novena nominación de esta Ciudad. En contra de estas ideas se pronuncian Jorge H. Alterini (Código Civil y Comercial comentado, La ley, Tomo XI, 2019, pág. 956/957), Alberto J. Bueres (Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Hammurabi, 2017, T. 6), Franco Raschetti (Tensiones entre el derecho de seguros y el régimen de defensa del consumidor. La problemática del plazo de prescripción liberatoria, LA LEY AR/DOC/294/2024); entre otros. Las Cámaras de Apelaciones de Segunda y Sexta Nominación de esta ciudad avalan esta solución. Existe, asimismo, una tendencia que asumen algunos especialistas y no podemos dejar de mencionar, porque critican enfáticamente la derogación del art. 50 de la LDC, la proclaman como un verdadero retroceso, y solicitan que se legisle la cuestión de manera especial. No obstante, aceptan que mientras la ley vigente no sea modificada, corresponde aplicar el art. 58 de la LS. Así lo sostienen Ramón D. Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos (Tratado de Obligaciones, Rubinzal Culzoni, 2017, Tomo IV, pág. 198), Demetrio A. Chamatropulos (Estatuto del Consumidor Comentado, La Ley, año 2019, pág. 1057/1058), Miguel Piedecasas (El Código Civil y Comercial y el Contrato de Seguro, Revista de Derecho de Daños, Seguros, Rubinzal Culzoni, año 2022, pág. 80/85). Es oportuno recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Buffoni.." del 8/4/2014 sostuvo: "...la ley de defensa del consumidor (texto según la ley 26.631) ... se trata de una ley general posterior que no deroga ni modifica una ley especial anterior, cuando dicha ley regula un régimen singular tal como ocurre en el caso de los contratos de seguro (Fallos 337:329)". Tal doctrina fue reiterada en "Flores.." (Fallos: 340:765) y más recientemente en "Alvarez.." (Fallos: 346:1514). Hay quienes consideran que tales precedentes del Máximo Tribunal

traslucen la asunción del criterio de la especialidad y juzgan que ello permite anticipar lo que el Expediente SAC 11050188 - Pág. 6 / 14 - N° Res. 95 Máximo Tribunal opinará en la hipótesis en que deba juzgar la prescripción liberatoria. Discrepo respetuosamente con esta mirada. Puesta en sus justos límites, tal interpretación ha sido predicada en torno a la oponibilidad del límite de cobertura o de las cláusulas de exclusión respecto del tercero damnificado. Ello evidencia que se trata de situaciones jurídicas diferentes: mientras en los juicios resueltos por el Máximo Tribunal de la Nación se puso en entredicho el alcance de las cláusulas del contrato de seguros, en el sub-lite el conflicto surge por la existencia de 2 normas jurídicas sustanciales que aspiran a reglar la prescripción extintiva. Lo expuesto impide transpolar derechamente el criterio "Buffoni" y sus sucedáneos, al presente caso. Si ponderamos la relevancia de la temática planteada y los principios que rigen las instituciones que han sido puestas en tela de juicio en el sub-lite, no resulta posible ni razonable elaborar una solución basada en presagios o conjeturas acerca de lo que, hipotéticamente, resolvería la Corte Federal. Finalmente, tengo en cuenta también que las sentencias dictadas por otros tribunales del país reflejan las mismas tendencias doctrinarias reseñadas supra. En ese sentido, puede citarse a la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (Sent. del 31/7/2024 en "Toscano.."), a la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe (Sent. del 17/8/2021 en "Mena.."), a la Corte Suprema de Justicia de Tucumán (Sent. 23/3/2022 en "Albornoz.."); así como los fallos emanados de la CNComercio Sala A (Sent. 14/7/2023 en "Tanferna"), de la CNComercio Sala C (Sent. 24/8/2023 en "Díaz Carísimo.."); entre muchos otros. A su lectura corresponde remitir en honor a la brevedad.

VII. Tesis correcta: rige el plazo quinquenal. Tras un detenido análisis de las normas en pugna y de los distintos argumentos que sustentan una y otra posición, asumo como correcta la tesis que postula que ante la Expediente SAC 11050188 - Pág. 7 / 14 - N° Res. 95 actual inexistencia de una regulación especial en la LDC, el plazo de prescripción aplicable a la demanda de responsabilidad civil derivada del incumplimiento del contrato de seguro que enmarca en una relación de consumo, es el de 5 años que fija el art. 2560 del CCCN. La primera razón que justifica este temperamento radica en el análisis de la propia Ley 26.994. Adviértase que esta ley fue la que sustituyó el art. 50 de la LDC, y también puso en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación; el cual tuvo la virtud de incorporar un capítulo especialmente destinado a regular el contrato de consumo. Si bien este tipo de acuerdos se encontraba disciplinado en algunos aspectos por la Ley 24.240 y sus modificatorias, no había sido integrado al código civil ni al código de comercio. Esta circunstancia resulta trascendental, no solo porque implica solidificar y dotar de perdurabilidad a ciertos aspectos y elementos inherentes a la relación de consumo de fuente contractual, sino también porque determina que la solución de los conflictos que se susciten en torno a este instituto –en el caso, los generados en torno al plazo de prescripción aplicable- sea buscada dentro de ese cuerpo legal. Así lo sugiere el canon interpretativo denominado "sistemático", que atribuye el significado de una norma en función de su contexto; es decir, atendiendo a las restantes disposiciones que integran ese ordenamiento jurídico. De manera tal que el emplazamiento de una determinada norma proporciona la primera respuesta a los interrogantes que surjan acerca del sentido o alcance que corresponda asignarle. Se funda en la coherencia del legislador, quien está llamado a ordenar las disposiciones del sistema con rigor lógico y unidad conceptual.

VIII. A la misma solución se llega por medio del criterio de interpretación auténtico. Esto es, indagando la voluntad del legislador plasmada –en este caso- en los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación presentados Expediente SAC 11050188 - Pág. 8 / 14 - N° Res. 95 por la comisión redactora y publicados en Infojus en el año 2012. Lo primero que surge de su lectura es que en el capítulo

destinado a justificar la incorporación del contrato de consumo al código, los redactores señalan que esta clase constituye una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales, y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general (Confr. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. - 1a ed. - Buenos Aires Infojus, 2012, pág. 635). Esta influencia a la que hacen referencia en los fundamentos implica, a mi juicio, otorgarle una mayor relevancia a esta categoría contractual. Por ende, la incidencia sobre los “tipos especiales” es válidamente predicable respecto del seguro, aunque no integre el mismo cuerpo legal. No se me escapa que en otra parte de los fundamentos se hace hincapié en el respeto hacia los microsistemas normativos autosuficientes, entre los cuales se menciona a la ley de seguros. Sin embargo, el respeto al que se alude no merece ser entendido como una prevalencia de esos microsistemas por sobre el régimen legal que se inaugura en torno al contrato de consumo. Es la propia comisión la que sentó a continuación una serie de pautas hermenéuticas que deben ser observadas; las cuales dan sustento a la conclusión que antecede. Concretamente, expresó lo siguiente: “... Por estas razones se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una “protección mínima”, lo que tiene efectos importantes: a. En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores. b. Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela. c. Expediente SAC 11050188 - Pág. 9 / 14 - N° Res. 95 También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común. d. En el campo de la interpretación, se establece un “diálogo de fuentes” de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor” (ob. cit., pág. 635 y 636). De lo reseñado surgen dos pautas de inocultable relevancia. La primera, que se instituyen una serie de principios que actúan como protección mínima del consumidor; mencionando a continuación los criterios para calibrar la concurrencia de otras leyes especiales. En ese sentido, el reconocimiento de los derechos de consumidores y usuarios que ha tenido lugar a partir de la codificación del contrato de consumo marca la prevalencia de las normas del código civil y comercial, pues este sistema legal complementa la legislación especial y fija los pisos mínimos que deben ser observados. Así lo reconocen los redactores del proyecto, en un todo de acuerdo con el fundamento constitucional que tuvo el principio protectorio consagrado en el art. 3 de la LDC a partir de la reforma constitucional del año 1994. Continuando con el análisis, la segunda pauta de suma trascendencia consiste en que en el campo de la interpretación, corresponde recurrir al diálogo de fuentes, siempre respetando los núcleos duros de tutela a los que se aludió precedentemente. Con arreglo a este criterio hermenéutico, la selección del plazo de prescripción aplicable a las acciones emergentes de un contrato de seguro y de consumo, no puede estar guiada por el tradicional criterio que asigna mayor eficacia a la ley especial por sobre la Expediente SAC 11050188 - Pág. 10 / 14 - N° Res. 95 general. La solución debe, en cambio, estar presidida por el diálogo de fuentes, a través del cual se logre armonizar de modo coherente y razonable las normas y principios en juego. Ha sido la propia Corte Suprema quien en diversas oportunidades ha dicho que corresponde

tener en cuenta la primordial regla de interpretación que tiende a la armonización de los preceptos legales con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 312:615). A esta solución llegamos sin dificultad cuando reparamos que la comisión completó su exposición indicando lo siguiente: De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas. Es oportuno recordar que la Corte ha sostenido que la inconsecuencia del legislador no se supone, por lo que la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos (Fallos: 306:721; 307:518 y 993; 345:849). En este orden de consideraciones, el Tribunal ha señalado que debe indagarse el verdadero alcance de la norma, mediante un examen que otorgue pleno efecto a su finalidad (Fallos: 342:667) y que consulte su racionalidad, no de una manera aislada o literal, sino computando la totalidad de sus preceptos de manera que guarden debida coherencia (Fallos: 323:3289, considerando 4° y sus citas, entre otros). A la luz de estas pautas, considero que las normas que integran el sistema legal se Expediente SAC 11050188 - Pág. 11 / 14 - N° Res. 95 articulan de modo coherente, ya que cuando el legislador fondal decidió instituir el contrato de consumo como especie que influye transversalmente sobre las otras clases en aquello que constituye el mínimo de protección, también introdujo trascendentes modificaciones al régimen general de la prescripción liberatoria; incluido el artículo 50 de la LDC. Entonces, si el art. 50 de la LDC ya no rige la prescripción de las acciones nacidas de la relación de consumo, y el Código Civil y Comercial no contiene un plazo especial para las obligaciones nacidas del contrato de consumo, debe entenderse que rige el "genérico" que el mismo cuerpo contempla con carácter residual. Pero esta circunstancia no le quita singularidad. La especialidad del seguro no puede menoscabar ni, menos aún, suprimir, la especialidad del contrato de consumo; cuyo núcleo duro de protección debe ser observado por tratarse de un régimen legal de orden público y fuente constitucional. Solo resta aclarar que la tesis que se postula correcta no implica despojar de todo contenido al artículo 58 de la Ley 17.418. El plazo anual conserva intacta su vigencia y aplicabilidad a los seguros que no califiquen, también, como de consumo. IX. Como corolario de todo lo expuesto, y dado que la solución propiciada en el resolutorio en crisis coincide en lo sustancial con la doctrina sentada en los considerandos que anteceden, se deberá rechazar el recurso de casación articulado por la aseguradora demandada. En ese sentido dejo expresado mi voto. A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL, DOCTOR DOMINGO JUAN SESIN, DIJO: Adhiero a los fundamentos brindados por la Señora Vocal María Marta Cáceres de Bollati. Por ello, compartiéndolos, voto en igual sentido a la primera cuestión planteada. Expediente SAC 11050188 - Pág. 12 / 14 - N° Res. 95 A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL, DOCTORA JESSICA RAQUEL VALENTINI, DIJO: Comparto las consideraciones expuestas por la Señora Vocal del primer voto y me expido en idéntico sentido a la primera cuestión planteada. Así voto. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA SEÑORA VOCAL DOCTORA MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI, DIJO: A mérito de las consideraciones desarrolladas en el análisis de la primera cuestión, propongo: I. Rechazar el recurso de casación articulado por la aseguradora demandada. II. La diversidad de criterios jurisprudenciales existentes en la materia, puesta en evidencia en los considerandos que anteceden, autorizan a

imponer las costas por el orden causado (arg. art. 130 in fine del CPC). A tenor de lo dispuesto por el art. 26 de la Ley 9459 no corresponde regular honorarios a los letrados intervinientes en esta oportunidad. Así voto. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL, DOCTOR DOMINGO JUAN SESIN, DIJO: Adhiero a la solución propuesta por la Señora Vocal del primer voto. Voto en idéntico sentido. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL, DOCTORA JESSICA RAQUEL VALENTINI, DIJO: Coincido con el resolutivo que postula la Doctora María Marta Cáceres de Bollati, por lo que me pronuncio en el mismo sentido. Por el resultado de los votos emitidos, oído el Sr. Fiscal General Adjunto y previo acuerdo, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Comercial, Expediente SAC 11050188 - Pág. 13 / 14 - N° Res. 95 RESUELVE: Rechazar el recurso de casación, sin costas. Protocolícese.

EXPEDIENTE SAC: 10515088 - DÍAZ, PAULO ANDRÉS C/ ALLIANZ ARGENTINA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. ABREVIADO - CUMPLIMIENTO/RESOLUCION DE CONTRATO - TRAM. ORAL PROTOCOLO DE SENTENCIAS. NÚMERO: 98 DEL 03/07/2025 En la ciudad de Córdoba, de conformidad a lo dispuesto por el Acuerdo número un mil seiscientos veintinueve (1629) Serie "A" del seis (06) de junio del dos mil veinte (punto 8 del Resuelvo) dictado por el Tribunal Superior de Justicia, los Señores Vocales, en pleno, Dres. María Marta Cáceres de Bollati, Domingo Juan Sesin, Jessica Raquel Valentini, Aída Lucía Tarditti, Luis Enrique Rubio, Sebastián Cruz López Peña y Luis Eugenio Angulo Martín, bajo la presidencia de la primera, proceden a dictar sentencia en los autos caratulados: "DÍAZ, PAULO ANDRÉS C/ ALLIANZ ARGENTINA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. - ABREVIADO CUMPLIMIENTO/RESOLUCIÓN DE CONTRATO - TRÁMITE ORAL" (EXpte. N.º 10515088), determinando en primer lugar las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA CUESTIÓN: ¿Son procedentes los recursos de inconstitucionalidad articulados por la demandada? SEGUNDA CUESTIÓN: En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? Conforme al sorteo que en este acto se realiza, los Señores Vocales votan en el siguiente orden: Dres. María Marta Cáceres de Bollati, Domingo Juan Sesin, Jessica Expediente SAC 10515088 - Pág. 1 / 28 - N° Res. 98 Raquel Valentini, Aída Lucía Tarditti, Luis Enrique Rubio, Sebastián Cruz López Peña y Luis Eugenio Angulo Martín. A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL, DOCTORA MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI, DIJO: I. La aseguradora demandada, con el patrocinio letrado de la Dra. Lucía Irigo, articula recurso de casación e inconstitucionalidad en autos: "DÍAZ, PAULO ANDRÉS C/ ALLIANZ ARGENTINA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. - ABREVIADO CUMPLIMIENTO/RESOLUCIÓN DE CONTRATO - TRÁMITE ORAL" (EXpte. N.º 10515088), en contra de la Sentencia N.º 58 de fecha 25 de abril de 2023 dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Cuarta Nominación de esta Ciudad, invocando las causales previstas por el inciso 1º del art. 383 y por el inciso 1º del art. 391; ambos del CPCC. En sede de grado, las impugnaciones fueron debidamente sustanciadas conforme a lo ordenado por el art. 386 del CPCC; corriéndose traslado a la contraria, quien lo evacua en tiempo oportuno -mediante su apoderada, Dra. Silvia Adriana Hernández- según surge de las constancias del SACM. Mediante Auto N.º 178 dictado el 9 de agosto de 2023, la Cámara interviniente denegó la concesión del recurso de casación y, en cambio, habilitó el de inconstitucionalidad. Radicado el expediente en esta sede, se ordenó el pertinente traslado al Sr. Fiscal General quien se expide por intermedio del Sr. Fiscal Adjunto (Dictamen "C", N.º 593). Dictado y firme el decreto de autos, queda el recurso en condiciones de ser resuelto. II. Los argumentos ensayados en el memorial impugnativo, en aquello que ha ingresado a la instancia extraordinaria, pueden resumirse así: II. 1. Invocando el carril del inciso 1º del art. 391 del CPCC, la demandada cuestiona

que la sentencia atacada haya declarado la inconstitucionalidad del art. 3.4 del anexo II Expediente SAC 10515088 - Pág. 2 / 28 - N° Res. 98 de la Ley 26.994 y que, como corolario de tal declaración, haya dispuesto que debía aplicarse al caso el plazo de prescripción de 5 años establecido por el art. 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación. Asevera que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la última ratio. Cita doctrina y jurisprudencia referida a la necesidad de acreditar acabadamente la falta de razonabilidad de la norma que se tacha de inconstitucional por parte de quien pretende su invalidación. Postula que si el legislador guardó silencio respecto del plazo de prescripción de la acción entablada por el consumidor, no puede inferirse de ello que deba aplicarse el genérico previsto por el Código Civil y Comercial de la Nación y no, en cambio, el especial previsto en la Ley de Seguros. Considera injustificado que el tribunal haya basado su decisión en los principios de progresividad y no regresividad consagrados por la Resolución del Mercosur a sabiendas de que no fue debidamente incorporada al ordenamiento, que por tanto no es norma vigente, y no tiene rango constitucional. Critica que se haya sostenido que el derecho consumeril es un derecho económico, social o cultural en los términos del PIDESC, y un derecho humano según la CADH. Analiza los derechos constitucionales de primera, segunda y tercera generación desde la perspectiva histórica, y concluye que por más que el tribunal intente hacer una interpretación elástica de la CADH y del PIDESC, jamás podrá encuadrar al derecho de los consumidores dentro de los mismos porque no encuentra recepción en dichos cuerpos normativos, ni podría haberla tenido porque el reconocimiento de los derechos de los consumidores es posterior. Esgrime, en suma, que el tribunal ha procedido a la declaración de inconstitucionalidad invocando normas no vigentes, y otras normas que, aún con rango constitucional, son inaplicables al derecho del consumidor. Expediente SAC 10515088 - Pág. 3 / 28 - N° Res. 98 Por otra parte, desarrolla lo que –a su juicio- debe entenderse como principio de progresividad y de no regresividad, y sostiene que el tribunal de grado le ha asignado un alcance mucho mayor del que en realidad tienen en términos de obligaciones por parte del Estado. Postula que ha sido entendido como una total y absoluta restricción a las facultades legislativas. Precisa que la interpretación llega al extremo de que, dictadas determinadas normas tuitivas, no podrían volver sobre sus pasos y dictar una norma superadora que implique dejar sin efecto la anterior, porque se violarían los principios enunciados. En cuanto al plazo de prescripción, sostiene que la cuestión había sido regulada de manera confusa e inconveniente, y postula que la derogación del art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor, en cuanto suprime el plazo especial, no implica una desprotección del consumidor de modo tal que entre en repugnancia con el art. 42 de la Constitución Nacional. Sostiene que dicha norma reconoce derechos a los consumidores, garantizando un piso mínimo e infranqueable. Aclara que no surge de la misma que la supresión de un determinado plazo de prescripción o su reducción implique un detrimento de los derechos de los consumidores y usuarios por cuanto –dice- tales derechos, aunque se disminuya el plazo de prescripción, permanecen inalterados. Enfatiza que no hay derechos absolutos, y que la Cámara de Apelaciones no hizo ningún esfuerzo para justificar que la cuestión haya sido reglamentada de manera irrazonable. Interpreta que revivir los plazos de prescripción previstos en las normas especiales no basta para poner en evidencia la irrazonabilidad de la legislación cuestionada, y deriva de ello la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad decidida en autos. II. 2. En capítulo aparte, y por el carril del inciso 1° del art. 391 del CPCC, cuestiona la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928 y sus Expediente SAC 10515088 - Pág. 4 / 28 - N° Res. 98 modificatorias, así como de los artículos 765 y 766 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto prohíben la

actualización monetaria del monto a abonar en concepto de valor asegurado. En su memorial, la aseguradora esgrime que la fundamentación dada por la Cámara no demuestra una lesión constitucional tangible que genere perjuicios al reclamante. Agrega que tampoco surge del fallo que exista una palmaria contradicción entre las normas declaradas inválidas y los estándares constitucionales en juego. Afirma que la declaración de inconstitucionalidad es una figura restrictiva a la que sólo cabe acudir en situaciones de notoria e insalvable contradicción entre la norma enjuiciada y la Constitución. Añade que la Corte Suprema, en la causa "Massola", se pronunció sobre la materia debatida bregando por la constitucionalidad de las normas que prohíben la actualización monetaria. Sostiene que dicho criterio posee fuerza vinculante en razón del deber moral e institucional de los tribunales inferiores de conformar sus decisiones a la doctrina de la Corte.

III. Así reseñado el contenido del recurso, en cumplimiento del art. 165 de la Constitución Provincial, compete al Tribunal Superior de Justicia en pleno su conocimiento y resolución.

IV. El caso: En lo que aquí concierne, es oportuno recordar que mediante el presente juicio, el actor reclama los daños y perjuicios que alega haber sufrido a raíz del incumplimiento contractual que atribuye a la aseguradora demandada. Afirma que el 21/4/2019 le fue sustraído el automotor, que dicho riesgo se encontraba cubierto, que el siniestro fue denunciado y que nunca fue abonado por la compañía. Pretende el cobro del valor del auto, de la privación de uso, y del daño moral y punitivo. La demanda fue iniciada el 25/11/2021. La contraria planteó, entre otras defensas, la de prescripción; en cuyo Expediente SAC 10515088 - Pág. 5 / 28 - N° Res. 98 sustento invocó el plazo de un año dispuesto por el art. 58 de la Ley de Seguros. La sentencia dictada por el juez de primer grado acogió la referida excepción y, consecuentemente, rechazó la demanda. Apelada la resolución por el actor, el tribunal de alzada declaró la inconstitucionalidad del art. 3.4 del anexo II de la Ley 26.994, en cuyo mérito consideró aplicable el plazo de 5 años del art. 2560 del CCCN, lo que derivó en el rechazo de la prescripción liberatoria, y el acogimiento de la demanda entablada en los términos que surgen de la resolución. Por otra parte, en lo tocante al rubro "valor asegurado", la Cámara de Apelaciones admitió el pedido de actualización monetaria, para lo cual declaró la inconstitucionalidad de los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928 y sus modificatorias, como así también de los artículos 765 y 766 del Código Civil y Comercial, en cuanto prohíben todo mecanismo de repotenciación de deudas. Ambas impugnaciones serán tratadas en los considerandos que se expresan a continuación.

V. Inconstitucionalidad del art. 3.4 del anexo II de la Ley 26.944.

V. 1. Marco normativo: La norma declarada inválida (art. 3.4 del anexo II de la Ley 26.994) solo dispone sustituir el artículo 50 de la Ley de Defensa del Consumidor. En su redacción anterior, el nombrado artículo 50 establecía: "Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de TRES (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales". Actualmente el precepto en cuestión dispone: "Las sanciones emergentes de la Expediente SAC 10515088 - Pág. 6 / 28 - N° Res. 98 presente ley prescriben en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas". En palabras sencillas, la modificación consiste en que, en lo concerniente a la prescripción liberatoria, las acciones nacidas de la relación de consumo ya no se rigen por la LDC.

V. 2. La declaración de inconstitucionalidad como última ratio. La sentencia atacada justificó la declaración de inconstitucionalidad del art. 3.4 del anexo bajo el argumento de que dicho precepto "habilita" la aplicación del plazo

de prescripción anual estatuido por la Ley 17.418. Según su temperamento, mediante la declarada inconstitucionalidad se impide el retroceso que provoca el resurgimiento del plazo previsto en la antigua ley de seguros. Por esa senda, termina encuadrando el caso en el art. 2560 del CCCN que instituye el plazo genérico de cinco años, lo que determinó el rechazo de la prescripción. Pues bien, para dar adecuado tratamiento al recurso articulado, reviste capital importancia recordar que la invalidación judicial de una norma legal vigente es un acto procesal de suma gravedad institucional y constituye la última ratio del ordenamiento jurídico. Se trata de un remedio extremo y excepcional, al que sólo cabe acudir en aquellos supuestos en los cuales ninguna otra solución razonable pueda deducirse de la propia norma discutida, con arreglo a los intereses debatidos en la causa. Asimismo, conforme al sistema de control difuso de constitucionalidad que rige en nuestro país, el juicio de compatibilidad constitucional de una norma se halla condicionado a la previa verificación de los presupuestos que le son inherentes; entre ellos, que la ley cuya validez constitucional se predica lesiva ocasione un perjuicio real y concreto a la parte que resulte supuestamente afectada por la norma. Tomando por base estos conceptos, anticipo que el artículo 3.4 del Anexo II de la Ley Expediente SAC 10515088 - Pág. 7 / 28 - N° Res. 98 26.994 que ha sido declarado inconstitucional no posee la incidencia que le asigna la sentencia atacada, y no genera perjuicio alguno al consumidor. V. 3. La historia da cuenta que la discusión acerca del plazo de prescripción de la obligación nacida de un contrato de seguro que se enmarca, a su vez, como relación de consumo, transitó por diferentes regímenes legales durante las últimas décadas a raíz de las distintas modificaciones que tuvo el art. 50 de la LDC; los que estuvieron acompañados de debates en doctrina y jurisprudencia. Las discusiones quedaron zanjadas cuando se dictó la Ley 26.361 pues quedó claro, a partir de entonces, que las acciones judiciales emergentes de la relación de consumo tenían un plazo especial de prescripción (3 años, conf. art. 50) que desplazaba al art. 58 de la Ley 17.418. Este Alto Cuerpo fijó posición en ese sentido en el año 2013 en la causa "D'Andrea.." (Sent. 190/2013); criterio que fue, luego, reiterado en el precedente "Torri.." (Sent. 41/2014). Dicho esto, cabe conceder que en una primera lectura de la norma declarada inconstitucional, la supresión del plazo especial de 3 años previsto para las acciones judiciales emergentes de la LDC parece cristalizar un retroceso en el sistema legal protectorio. Sin embargo, tal conclusión no es del todo correcta; al menos no lo es en cuanto al conflicto normativo suscitado en autos, ya que -como se verá- la discusión se reduce a un problema hermenéutico que puede válidamente ser resuelto por la judicatura, sin necesidad de acudir a la extrema solución propiciada en autos. V. 4. Criterios actuales para la solución del conflicto: A mi juicio, a partir de la modificación del art. 50 de la LDC vigente desde el año 2015 coexisten dos normas que pueden definir el plazo de prescripción aplicable al supuesto de autos. Tratándose de un contrato de consumo, y teniendo en cuenta que el Código Civil y Expediente SAC 10515088 - Pág. 8 / 28 - N° Res. 98 Comercial no ha previsto de modo singular un plazo de prescripción para las acciones derivadas del contrato de consumo, la cuestión podría quedar encuadrada en el plazo genérico que contempla el art. 2560 del CCCN: "Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local". Asimismo, estamos ante un contrato de seguro, motivo por el cual también podría resultar aplicable el art. 58 de la Ley 17.418 que establece: "Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible...". Esta dicotomía ha renovado las discusiones doctrinarias y los planteos ante los tribunales, dando lugar a dos grandes líneas hermenéuticas: una que se inclina por la especialidad de la ley de seguros y la otra que

enarbola la tesis pro-consumidor. La postura consumeril es defendida por numerosos autores, quienes mediante diferentes enfoques y argumentos, propician dejar de lado el plazo anual de la Ley 17.418. Entre ellos, encontramos a Waldo Sobrino ("Prescripción de cinco años en seguros. Se aplica la Constitución Nacional, los tratados internacionales y el código civil y comercial?" LA LEY AR/DOC/1297/2023), Federico Álvarez Larrondo (Manual de Derecho del Consumidor, Erreius, 2017, pág. 773/774), Lidia Garrido Cordobera- Gabriel Stiglitz y Carlos Hernández (Tratado de Derecho del Consumidor, La aplicación de la Prescripción del art. 50 LDC y el principio "pro consumidor", Tomo IV, pág. 93), Carlos J. M. Federik (El plazo de prescripción en el contrato de seguro. A propósito del fallo "Toscano", TR LALEY AR/DOC/3027/2024). La mayoría de la jurisprudencia local avala esta posición. Además del tribunal a-quo, se enrolan en la tesis pro-consumidor las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera, Quinta y Novena Nominación de esta Ciudad. En contra de estas ideas se pronuncian Jorge H. Alterini (Código Civil y Comercial Expediente SAC 10515088 - Pág. 9 / 28 - N° Res. 98 comentado, La ley, Tomo XI, 2019, pág. 956/957), Alberto J. Bueres (Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Hammurabi, 2017, T. 6), Franco Raschetti (Tensiones entre el derecho de seguros y el régimen de defensa del consumidor. La problemática del plazo de prescripción liberatoria, LA LEY AR/DOC/294/2024); entre otros. Las Cámaras de Apelaciones de Segunda y Sexta Nominación de esta ciudad avalan esta solución. Existe, asimismo, una tendencia que asumen algunos especialistas y no podemos dejar de mencionar, porque critican enfáticamente la derogación del art. 50 de la LDC, la proclaman como un verdadero retroceso, y solicitan que se legisle la cuestión de manera especial. No obstante, aceptan que mientras la ley vigente no sea modificada, corresponde aplicar el art. 58 de la LS. Así lo sostienen Ramón D. Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos (Tratado de Obligaciones, Rubinzal Culzoni, 2017, Tomo IV, pág. 198), Demetrio A. Chamatropulos (Estatuto del Consumidor Comentado, La Ley, año 2019, pág. 1057/1058), Miguel Piedecasas (El Código Civil y Comercial y el Contrato de Seguro, Revista de Derecho de Daños, Seguros, Rubinzal Culzoni, año 2022, pág. 80/85). Es oportuno recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Buffoni.." del 8/4/2014 sostuvo: "... la ley de defensa del consumidor (texto según la ley 26.631)... se trata de una ley general posterior que no deroga ni modifica una ley especial anterior, cuando dicha ley regula un régimen singular tal como ocurre en el caso de los contratos de seguro (Fallos 337:329)". Tal doctrina fue reiterada en "Flores.." (Fallos: 340:765) y más recientemente en "Alvarez.." (Fallos: 346:1514). Hay quienes consideran que tales precedentes del Máximo Tribunal traslucen la asunción del criterio de la especialidad y juzgan que ello permite anticipar lo que el Máximo Tribunal opinará en la hipótesis en que deba juzgar la prescripción liberatoria. Expediente SAC 10515088 - Pág. 10 / 28 - N° Res. 98 Discrepo respetuosamente con esta mirada. Puesta en sus justos límites, tal interpretación ha sido predicada en torno a la oponibilidad del límite de cobertura o de las cláusulas de exclusión respecto del tercero damnificado. Ello evidencia que se trata de situaciones jurídicas diferentes: mientras en los juicios resueltos por el Máximo Tribunal de la Nación se puso en entredicho el alcance de las cláusulas del contrato de seguros, en el sub-lite el conflicto surge por la existencia de 2 normas jurídicas sustanciales que aspiran a reglar la prescripción extintiva. Lo expuesto impide transpolar derechamente el criterio "Buffoni" y sus sucedáneos, al presente caso. Si ponderamos la relevancia de la temática planteada y los principios que rigen las instituciones que han sido puestas en tela de juicio en el sub-lite, no resulta posible ni razonable elaborar una solución basada en presagios o conjeturas acerca de lo que, hipotéticamente, resolvería la Corte Federal. Finalmente, tengo en cuenta también que las sentencias dictadas por otros tribunales del país reflejan

las mismas tendencias doctrinarias reseñadas supra. En ese sentido, puede citarse a la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (Sent. del 31/7/2024 en "Toscano.."), a la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe (Sent. del 17/8/2021 en "Mena.."), a la Corte Suprema de Justicia de Tucumán (Sent. 23/3/2022 en "Albornoz.."); así como los fallos emanados de la CNComercio Sala A (Sent. 14/7/2023 en "Tanferna"), de la CNComercio Sala C (Sent. 24/8/2023 en "Díaz Carísimo.."); entre muchos otros. A su lectura corresponde remitir en honor a la brevedad. V. 5. Tesis correcta: rige el plazo quinquenal. Tras un detenido análisis de las normas en pugna y de los distintos argumentos que sustentan una y otra posición, asumo como correcta la tesis que postula que ante la actual inexistencia de una regulación especial en la LDC, el plazo de prescripción Expediente SAC 10515088 - Pág. 11 / 28 - N° Res. 98 aplicable a la demanda de responsabilidad civil derivada del incumplimiento del contrato de seguro que enmarca en una relación de consumo, es el de 5 años que fija el art. 2560 del CCCN. La primera razón que justifica este temperamento radica en el análisis sistemático de la propia Ley 26.994. Advuértase que esta ley fue la que sustituyó el art. 50 de la LDC, y también puso en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación; el cual tuvo la virtud de incorporar un capítulo especialmente destinado a regular el contrato de consumo. Si bien este tipo de acuerdos se encontraba disciplinado en algunos aspectos por la Ley 24.240 y sus modificatorias, no había sido integrado al código civil ni al código de comercio. Esta circunstancia resulta trascendental, no solo porque implica solidificar y dotar de perdurabilidad a ciertos aspectos y elementos inherentes a la relación de consumo de fuente contractual, sino también porque determina que la solución de los conflictos que se susciten en torno a este instituto –en el caso, los generados en torno al plazo de prescripción aplicable- sea buscada dentro de ese cuerpo legal. Así lo sugiere el canon interpretativo denominado "sistemático", que atribuye el significado de una norma en función de su contexto; es decir, atendiendo a las restantes disposiciones que integran ese ordenamiento jurídico. De manera tal que el emplazamiento de una determinada norma proporciona la primera respuesta a los interrogantes que surjan acerca del sentido o alcance que corresponda asignarle. Se funda en la coherencia del legislador, quien está llamado a ordenar las disposiciones del sistema con rigor lógico y unidad conceptual. V. 6. A la misma solución se llega por medio del criterio de interpretación auténtico. Esto es, indagando la voluntad del legislador plasmada –en este caso- en los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación presentados por la comisión redactora y publicados en Infojus en el año 2012. Expediente SAC 10515088 - Pág. 12 / 28 - N° Res. 98 Lo primero que surge de su lectura es que en el capítulo destinado a justificar la incorporación del contrato de consumo al código, los redactores señalan que esta clase constituye una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales, y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general (Confr. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. - 1a ed. - Buenos Aires: Infojus, 2012, pág. 635). Esta influencia a la que hacen referencia en los fundamentos implica, a mi juicio, otorgarle una mayor relevancia a esta categoría contractual. Por ende, la incidencia sobre los "tipos especiales" es válidamente predicable respecto del seguro, aunque no integre el mismo cuerpo legal. No se me escapa que en otra parte de los fundamentos se hace hincapié en el respeto hacia los microsistemas normativos autosuficientes, entre los cuales se menciona a la ley de seguros. Sin embargo, el respeto al que se alude no merece ser entendido como una prevalencia de esos microsistemas por sobre el régimen legal que se inaugura en torno al contrato de consumo. Es la propia comisión la que sentó a continuación una serie de pautas hermenéuticas que deben ser observadas; las cuales dan sustento a la conclusión que antecede. Concretamente, expresó lo siguiente: "... Por estas razones se propone

incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una “protección mínima”, lo que tiene efectos importantes: a. En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores. b. Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela. c. También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque Expediente SAC 10515088 - Pág. 13 / 28 - N° Res. 98 hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común. d. En el campo de la interpretación, se establece un “diálogo de fuentes” de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor” (ob. cit., pág. 635 y 636). De lo reseñado surgen dos pautas de inocultable relevancia. La primera, que se instituyen una serie de principios que actúan como protección mínima del consumidor; mencionando a continuación los criterios para calibrar la concurrencia de otras leyes especiales. En ese sentido, el reconocimiento de los derechos de consumidores y usuarios que ha tenido lugar a partir de la codificación del contrato de consumo marca la prevalencia de las normas del código civil y comercial, pues este sistema legal complementa la legislación especial y fija los pisos mínimos que deben ser observados. Así lo reconocen los redactores del proyecto, en un todo de acuerdo con el fundamento constitucional que tuvo el principio protectorio consagrado en el art. 3 de la LDC a partir de la reforma constitucional del año 1994. Continuando con el análisis, la segunda pauta de suma trascendencia consiste en que en el campo de la interpretación, corresponde recurrir al diálogo de fuentes, siempre respetando los núcleos duros de tutela a los que se aludió precedentemente. Con arreglo a este criterio hermenéutico, la selección del plazo de prescripción aplicable a las acciones emergentes de un contrato de seguro y de consumo, no puede estar guiada por el tradicional criterio que asigna mayor eficacia a la ley especial por sobre la general. La solución debe, en cambio, estar presidida por el diálogo de fuentes, a Expediente SAC 10515088 - Pág. 14 / 28 - N° Res. 98 través del cual se logre armonizar de modo coherente y razonable las normas y principios en juego. Ha sido la propia Corte Suprema quien en diversas oportunidades ha dicho que corresponde tener en cuenta la primordial regla de interpretación que tiende a la armonización de los preceptos legales con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 312:615). A esta solución llegamos sin dificultad cuando reparamos que la comisión completó su exposición indicando lo siguiente: De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas. V. 7. Es oportuno recordar que la Corte ha sostenido que la inconsecuencia del legislador no se supone, por lo que la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos (Fallos: 306:721; 307:518 y 993; 345:849). En este orden de consideraciones, el Tribunal ha

señalado que debe indagarse el verdadero alcance de la norma, mediante un examen que otorgue pleno efecto a su finalidad (Fallos: 342:667) y que consulte su racionalidad, no de una manera aislada o literal, sino computando la totalidad de sus preceptos de manera que guarden debida coherencia (Fallos: 323:3289, considerando 4° y sus citas, entre otros). A la luz de estas pautas, considero que las normas que integran el sistema legal se articulan de modo coherente, ya que cuando el legislador fondal decidió instituir el Expediente SAC 10515088 - Pág. 15 / 28 - N° Res. 98 contrato de consumo como especie que influye transversalmente sobre las otras clases en aquello que constituye el mínimo de protección, también introdujo trascendentes modificaciones al régimen general de la prescripción liberatoria; incluido el artículo 50 de la LDC. Entonces, si el art. 50 de la LDC ya no rige la prescripción de las acciones nacidas de la relación de consumo, y el Código Civil y Comercial no contiene un plazo especial para las obligaciones nacidas del contrato de consumo, debe entenderse que rige el “genérico” que el mismo cuerpo contempla con carácter residual. Pero esta circunstancia no le quita singularidad. La especialidad del seguro no puede menoscabar ni, menos aún, suprimir, la especialidad del contrato de consumo; cuyo núcleo duro de protección debe ser observado por tratarse de un régimen legal de orden público y fuente constitucional. Solo resta aclarar que la tesis que se postula correcta no implica despojar de todo contenido al artículo 58 de la Ley 17.418. El plazo anual conserva intacta su vigencia y aplicabilidad a los seguros que no califiquen, también, como de consumo. V. 8. Por las razones desarrolladas en los apartados que anteceden, el plazo de prescripción aplicable al caso es el establecido en el art. 2560 del CCCN; criterio que priva de sentido práctico el acogimiento de la impugnación planteada por el asegurado en este capítulo, ya que la solución final propuesta en orden al rechazo de la excepción de prescripción coincide en lo sustancial –aunque por diversas razones– con la discernida por el Tribunal A-quo. En base a ello, corresponde rechazar el recurso articulado en este aspecto. Sin perjuicio de lo decidido, la invalidez constitucional declarada por el A-quo debe ser formalmente dejada sin efecto. La declaración de inconstitucionalidad no es el camino cuando, como en el caso, el mismo sistema legal y la filosofía del derecho proveen las herramientas necesarias para dar respuesta jurisdiccional al conflicto Expediente SAC 10515088 - Pág. 16 / 28 - N° Res. 98 planteado.

VI. Inconstitucionalidad de la prohibición de indexar. VI. 1. El caso: La pretensión esgrimida por el actor consistió –en lo que aquí interesa– en que la compañía le pague el valor asegurado conforme a los términos del contrato, más intereses compensatorios y moratorios, más costas y más depreciación monetaria. La sentencia dictada por el tribunal de alzada, haciéndose eco del reclamo fundado en la depreciación de la moneda, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928 y sus modificatorias, como así también de los artículos 765 y 766 del Código Civil y Comercial, en cuanto prohíben todo mecanismo de actualización de precios. Para así decidir, la Cámara interpretó que si bien del contrato surge que el objeto de la obligación es el “valor asegurado”, ello no significa que pueda ser encuadrada como una obligación de valor. Interpretó que, a contrario, se trata de una “deuda dineraria” en los términos predisuestos por el art. 772 del CCCN porque la cuantía se encuentra establecida por contrato y no hay una operación de evaluación de la deuda a realizar. Seguidamente efectuó una serie de operaciones aritméticas y consideró que, aun aplicándose intereses elevados que contengan escoria inflacionaria, la diferencia en más que arroja la cifra final cuando se actualiza el capital por la vía directa, excede el cien por ciento. Juzgó que, merced a esa circunstancia, la tasa de interés resulta negativa (es decir, por debajo de la inflación), lo que –según su criterio– desnaturaliza y degrada el derecho de propiedad del acreedor y, por ende no supera el test de razonabilidad de la limitación de los derechos

constitucionales que contempla el art. 28 de la Carta Magna. En base a ello declaró la inconstitucionalidad de tales preceptos y condenó a pagar la suma que resulte de aplicar, a la cantidad originariamente debida, la actualización Expediente SAC 10515088 - Pág. 17 / 28 - N° Res. 98 monetaria que surge de los índices publicados por el BCRA, con más el interés del 8% anual sobre la resultante; todo ello desde la fecha de la mora (22/5/2019) hasta el efectivo pago. VI. 2. Marco normativo: En autos ha sido puesta en tela de juicio la validez constitucional de los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928 (t.o. según Ley 25.561). El nombrado art. 7 establece que 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; y 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. Por su parte, el art. 10 dispone que se mantienen derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Según aclara el mismo precepto, esta derogación rige también respecto de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional (inclusive convenios colectivos de trabajo) de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar. También se han invalidado los arts. 765 y el 766 del CCCN. El primero establece que “La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación...”; y el segundo dispone que “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”. De su conjunción se extrae la consagración del principio nominalista rígido. Expediente SAC 10515088 - Pág. 18 / 28 - N° Res. 98 VI. 3. La solución: Formuladas tales precisiones, anticipo criterio en sentido favorable a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad articulado por la demandada. Doy razones. VI. 4. La doctrina de la Corte Suprema: La Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el año 2010 ha fijado posición avalando la constitucionalidad de la prohibición de indexar en el precedente “MASSOLO, ALBERTO JOSÉ C. TRANSPORTE DEL TEJAR SA” (Fallos 333:447); criterio que fue ratificado en el año 2016 al adherir al dictamen emitido por el Ministerio Público donde se evoca el precedente “Massolo” (causa “Puente Olivera, Mariano c/ Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur SRL”, Fallos 339:1583), y más recientemente con fecha 17 de septiembre de 2024 en la causa “Astillero Naval Federico Contessi SACIFAN c/ AFIP – DGI” (Fallos: 347:1223) al adherir al Dictamen elaborado por la Procuradora Fiscal. La decisión adoptada en la originaria causa “Massolo” se fundó en las siguientes consideraciones: En primer lugar, el Máximo Tribunal de la Nación ponderó que el acuerdo al que habían arribado las partes tenía un inequívoco propósito indexatorio de las obligaciones pendientes de pago, pues su objeto era estabilizar el valor de las prestaciones; y en base a ello estimó que correspondía aplicar al caso la prohibición dispuesta por los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928 y 4 de la Ley 25.561. Advirtió que se trata de disposiciones de orden público y no pueden ser modificadas por la voluntad de los contratantes, más allá de su indudable naturaleza federal (Fallos: 315:1209; 316:2604; 317:605; 319:3241; 320:2786 y 328:2567). Una vez determinada la aplicación al caso de la prohibición de indexar que invalidaría la cláusula en la que se funda el reclamo, el Alto Cuerpo estimó necesario efectuar el Expediente SAC 10515088 - Pág. 19 / 28 - N° Res. 98 control de razonabilidad del citado art. 4 de la Ley 25.561 y de los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928, cuya inconstitucionalidad había sido planteada por la actora y declarada por los tribunales intervinientes. En esa tarea, destacó que el

examen debe efectuarse sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (conf. Fallos: 256:602; 258:255; 302:166; 316:188, 1718 y 2624; 319:3148; 321:441 y 1888; 322:842 y 919; 324:920; 325:1922 y 330:855 y 5345, entre muchos otros). Partiendo de esa plataforma, la Corte Nacional señaló que la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa que consiste en el mantenimiento de la prohibición de toda clase de actualización monetaria, escapa al control de constitucionalidad, pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial (conf. Fallos: 290:245; 306:1964; 323:2409; 324:3345; 325:2600; 327:5614; 328:2567; 329:385 y 4032 y 330:3109, entre muchos otros). Explicó seguidamente que los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928 constituyen una decisión clara y terminante del Congreso Nacional de ejercer las funciones que le encomienda el art. 67, inc. 10 (hoy art. 75, inc. 11) de la Constitución Nacional de "Hacer sellar la moneda, fijar su valor y el de las extranjeras..." (conf. causa "YPF" en Fallos: 315:158, criterio reiterado en causas 315:992 y 1209; 319:3241 y 328:2567). Puntualizó también que el valor de la moneda circulante con fuerza legal en todo el territorio de la Nación (que cumple la función de un bien económico insusceptible de ser regulado directa o indirectamente por la ley de la oferta y la demanda) se funda en la autoridad del Estado que es su creador y, por consiguiente, la perdurabilidad de ese Expediente SAC 10515088 - Pág. 20 / 28 - N° Res. 98 valor como signo monetario de fuerza legal, en tanto no fuere alterado por el propio Estado de quien dimana, no puede estar a merced de las convenciones concertadas por los particulares entre sí (conf. Fallos: 225:135 y arg. Fallos: 226:261; 315:992 y 328:2567). Advirtió luego que aun cuando el derecho de propiedad pudo tener en la actualización por depreciación monetaria una defensa eficaz de los derechos patrimoniales en determinados períodos, su perduración sine die no sólo postergaría disposiciones constitucionales expresas, como las del art. 67, inc. 10, de la Constitución Nacional (hoy art. 75, inc. 11), sino que causaría un daño profundo en la esfera de los derechos patrimoniales todos, al alimentar esa grave patología que tanto los afecta: la inflación. Agregó a ello que no obstante fundarse la constitucionalidad del régimen nominalista adoptado en el principio de la "soberanía monetaria", conforme lo indica la conocida regla de interpretación, corresponde que los jueces interpreten las disposiciones de las autoridades políticas de modo de dar pleno efecto a la intención del legislador (conf. Fallos: 296:22; 297:142; 299:93; 301:460; 315:158 y 1209; 326:704; 327:5345 y 330:4713, entre otros). Y desde esa mirada teleológica, entendió que permitir la vigencia y aplicación de una cláusula de estabilización como la establecida en autos significaría desconocer el objetivo antiinflacionario que se proponen alcanzar las leyes federales mencionadas mediante la prohibición genérica de la "indexación"; medida de política económica que procura evitar que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios (conf. Fallos: 329:385) y a crear desconfianza en la moneda nacional. Expediente SAC 10515088 - Pág. 21 / 28 - N° Res. 98 Como corolario de tales consideraciones, la Corte Federal revocó la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de las normas que prohíben la actualización, y ordenó que se dicte una nueva resolución sobre la materia acorde al criterio de constitucionalidad. VI. 5. La aplicación de la doctrina de la Corte al caso: La similitud que presenta la base fáctica ventilada en "Massolo.." con

la que ahora se trae a estudio es evidente pues, más allá de las diferencias que exhiben las variables utilizadas, y de la fuente (contractual o jurisdiccional) que diera origen a la actualización en cada caso, lo cierto es que la materia discutida radica en la potestad de utilizar los mecanismos de indexación que por ley se encuentran prohibidos. Dicho esto, conviene remarcar la importancia de reconocerle valor a los precedentes emanados del Alto Tribunal de la Nación; no sólo por razones de economía procesal y sumisión a la autoridad que invisten las resoluciones emanadas de dicho órgano judicial como supremo intérprete de la Constitución y de las leyes nacionales que en su consecuencia se dicten; sino también porque un alzamiento en contra de la doctrina en esta clase de materias provocaría incertidumbre e inseguridad jurídica en la comunidad toda. Néstor Sagües explica que si bien el régimen constitucional de 1853-1860 no impuso un mecanismo jurisprudencial 'vinculante' hacia los fallos de la Corte Suprema y por ende sus sentencias carecían de obligatoriedad erga omnes, fueron surgiendo normas de derecho judicial que se han adosado al texto constitucional. Precisa, en ese orden de ideas, que paulatinamente ha tomado cuerpo una interpretación constitucional mutativa, praeter constitutionem o contra constitutionem, según como se la quiera apreciar, que confiere a los fallos de la Corte cierto valor jurídico 'vinculante' (Sagües, Néstor Pedro, Recurso Extraordinario, Bs. As., Astrea, 1992, 3ª ed. actualizada y ampliada, pág. 201). Expediente SAC 10515088 - Pág. 22 / 28 - N° Res. 98 Por su parte, Germán Bidart Campos postula que la jurisprudencia constitucional de la Corte "... debe ser acatada por todos los demás tribunales, y cuando las interpretaciones de éstos discrepan entre sí habría que hallar remedio por el cauce del recurso extraordinario ante la Corte, para que ella uniformara esas interpretaciones disímiles. La razón es, por lo menos, doble: a) porque se hace necesario que la Corte unifique la interpretación de la constitución y la consolide con el mismo rango supremo de ella; b) porque hay que preservar la igualdad jurídica de los justiciables" (cfr.: aut. cit., La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional, Bs. As., Ediar, 1987, pág. 274). Comparto plenamente el sentido de tales apreciaciones, y en consecuencia, considero que corresponde asumir la doctrina legal sentada por el Máximo Tribunal de la Nación que se reseñó en los apartados precedentes; pues no se advierte que existan motivos idóneos o suficientes que autoricen a apartarse de sus postulados. VI. 6. No se me escapa que en la causa "Moltoni c. Netoc" (Sent. 151 del 10 de diciembre de 2019) este Alto Cuerpo postuló una solución diferente. Sin embargo, basta la lectura de la mencionada resolución para demostrar las singulares características que adjetivaron aquél litigio; las que fueron determinantes para propiciar la invalidez constitucional allí resuelta. Cabe agregar que las diferencias en la ecuación económica pueden ser corregidas mediante caminos alternativos o mecanismos indirectos. Tal el caso de la fijación de una tasa de interés moratorio agravada que permita reducir el impacto negativo que genera la inflación en el patrimonio del acreedor, evitando así las gravosas consecuencias que puede acarrear la declaración de inconstitucionalidad de la interdicción de actualizar los créditos. En ese sentido se expidió este Alto Cuerpo en pronunciamientos anteriores en la inteligencia de que, existiendo mora del deudor, la fijación de una tasa de interés más Expediente SAC 10515088 - Pág. 23 / 28 - N° Res. 98 elevada compensa en alguna medida la depreciación del dinero; criterio que comenzó a regir en el año 2002 y ha sido mantenido en forma constante (Confr. TSJ - Sala Laboral, in re "Hernández v. Matricería Austral", Sent. N° 39 del 25/6/2002; TSJ Sala Laboral, in re "Seren, Sergio Enrique c/ Derudder Hermanos - SRL", Sent. 128 del 1/9/2023; entre muchas otras). En el escenario descripto y teniendo como antecedente el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación -criterio que fue recientemente ratificado-, estimo que el Tribunal A-quo no debió proclamar la inconstitucionalidad de la

prohibición de actualizar. VI. 7. En base a las consideraciones expuestas precedentemente, la declaración de inconstitucionalidad resuelta por la Cámara A-quo debe ser revocada. En ese sentido dejo expresado mi voto. A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL, DOCTOR DOMINGO JUAN SESIN, DIJO: Coincidiendo con la conclusión a que arriba la Señora Vocal de primer voto y resultando ajustada a derecho, opino en forma coincidente con el criterio de solución que mi colega propicia. A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL, DOCTORA JESSICA RAQUEL VALENTINI, DIJO: Compartiendo los fundamentos y conclusiones a las que arriba la Señora Vocal del primer voto me pronuncio en igual sentido a esta cuestión planteada A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL, DOCTORA AÍDA LUCÍA TARDITTI, DIJO: Adhiero a los fundamentos y conclusiones a que arriba la Señora Vocal Doctora María Marta Cáceres de Bollati. Por ello, compartiéndolos, voto en igual sentido a la primera cuestión planteada. Expediente SAC 10515088 - Pág. 24 / 28 - N° Res. 98 A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL, DOCTOR LUIS ENRIQUE RUBIO, DIJO: Compartiendo los fundamentos y conclusiones a las que arriba la Señora Vocal del primer voto me pronuncio en igual sentido a esta cuestión planteada A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL, DOCTOR SEBASTIÁN CRUZ LÓPEZ PEÑA, DIJO: Adhiero a los fundamentos y solución a que arriba la Señora Vocal del primer voto. A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL, DOCTOR LUIS EUGENIO ANGULO MARTÍN, DIJO: Por compartir las consideraciones de la Señora Vocal del primer voto me expido en igual sentido a esta primera cuestión planteada. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL, DOCTORA MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI, DIJO: A mérito de la respuesta dada a los interrogantes planteados en las cuestiones que anteceden, corresponde: I. Dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 3.4 del Anexo II de la Ley 26.994; sin perjuicio de lo cual corresponde rechazar el recurso articulado en torno a esta cuestión, manteniendo la decisión adoptada en lo sustancial sobre la base de los fundamentos dados en el análisis de la primera cuestión. II. Acoger el recurso de inconstitucionalidad articulado por la demandada respecto de los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928 y sus modificatorias, así como de los artículos 765 y 766 del Código Civil y Comercial de la Nación; y en consecuencia anular parcialmente la sentencia dictada en autos, en cuanto condena a aplicar al valor asegurado el índice de actualización monetaria que publica el Banco Central, con más el interés del 8% sobre la resultante. III. En virtud de lo dispuesto en el art. 390 del CPCC, debe disponerse el reenvío de la Expediente SAC 10515088 - Pág. 25 / 28 - N° Res. 98 causa a la Cámara de Apelaciones que sigue en nominación a la de origen, a los fines de que emita un nuevo juzgamiento del valor asegurado y sus intereses -materia que resultó invalidada-, con arreglo a la doctrina constitucional que informa el presente acto sentencial. IV. La solución dada al caso extiende sus efectos a la accesoria condena en costas, y a la regulación de los honorarios; todo lo cual deberá ser readecuado en función de la nueva decisión que se adopte en lo que fue materia de anulación. En cuanto a las costas generadas en la sede extraordinaria, considero ajustado a derecho que las mismas sean soportadas por el orden causado. Ello así, pues la naturaleza constitucional de la materia puesta en tela de juicio y la existencia de jurisprudencia contradictoria constituyen razones que objetivamente pudieron generar en las partes la convicción de que sus respectivas pretensiones de verdad merecerían resultado favorable (arg. art. 130 in fine CPCC). Atento lo normado por el art. 26 de la Ley 9459, no corresponde regular honorarios a favor de las letradas en esta oportunidad. Así voto. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL, DOCTOR DOMINGO JUAN SESIN, DIJO: Adhiero a los fundamentos y solución a que arriba la Señora Vocal del primer voto. A LA SEGUNDA CUESTIÓN

PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL, DOCTORA JESSICA RAQUEL VALENTINI, DIJO: Por compartir las consideraciones de la Señora Vocal del primer voto me expido en igual sentido a esta segunda cuestión planteada. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL, DOCTORA AÍDA LUCÍA TARDITTI, DIJO: Que, por coincidir con lo propuesto para el acuerdo por la Señora Vocal de primer Expediente SAC 10515088 - Pág. 26 / 28 - N° Res. 98 voto, me pronuncio en igual sentido. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL, DOCTOR LUIS ENRIQUE RUBIO, DIJO: Por compartir las consideraciones de la Señora Vocal del primer voto me expido en igual sentido a esta segunda cuestión planteada. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL, DOCTOR SEBASTIÁN CRUZ LÓPEZ PEÑA, DIJO: Coincidiendo con la conclusión a que arriba la Señora Vocal de primer voto y resultando ajustada a derecho, opino en forma coincidente con el criterio de solución que mi colega propicia. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL, DOCTOR LUIS EUGENIO ANGULO MARTÍN, DIJO: Adhiero a los fundamentos y conclusiones a que arriba la Señora Vocal Doctora María Marta Cáceres de Bollati. Por ello, compartiéndolos, voto en igual sentido a la segunda cuestión planteada. Por el resultado de los votos emitidos, oído el Sr. Fiscal Adjunto y previo acuerdo, el Tribunal Superior de Justicia, en pleno, RESUELVE: I. Dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 3.4 del Anexo II de la Ley 26.994. Rechazar el recurso articulado en torno a esta cuestión, manteniendo la decisión adoptada en lo sustancial sobre la base de los fundamentos dados en el presente pronunciamiento. II. Acoger el recurso de inconstitucionalidad articulado por la demandada respecto de los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928 y sus modificatorias, así como de los artículos 765 y 766 del Código Civil y Comercial de la Nación; y en consecuencia anular parcialmente la sentencia dictada en autos con el alcance fijado en la segunda cuestión. Expediente SAC 10515088 - Pág. 27 / 28 - N° Res. 98 III. Reenviar la causa a la Cámara de Apelaciones que sigue en nominación a la de origen, a los fines de que emita un nuevo juzgamiento de la materia que resultó invalidada, con arreglo a la doctrina constitucional que informa el presente acto sentencial. IV. Imponer las costas por el orden causado. Protocolícese.

La responsabilidad del transportista aéreo frente a errores en la oferta electrónica

The liability of air carriers for pricing errors in electronic offers: an analysis of the case *Gómez v. United Airlines Inc. et al.*

Andrea Martínez Funes¹

Aval académico: Guillermo Ford Ferrer

RESUMEN:

El fallo *Gómez c/ United Airlines Inc.* y otro constituye un precedente relevante para el Derecho del Transporte Aéreo argentino, al examinar la validez de una oferta electrónica errónea y sus efectos en la formación del contrato de transporte internacional. El análisis revela la tensión entre el régimen especial aeronáutico -basado en la responsabilidad objetiva del transportista y la uniformidad del Convenio de Montreal_ y la aplicación supletoria de la Ley de Defensa del Consumidor. Desde una perspectiva estrictamente transportista, el comentario sostiene que la digitalización de la contratación no altera la naturaleza del vínculo jurídico ni exime al transportista del deber de diligencia técnica y de preservación de la confianza legítima del pasajero, elementos esenciales para la seguridad jurídica y la previsibilidad operativa del sistema aeronáutico internacional..

ABSTRACT

The case *Gómez v. United Airlines Inc. et al.* stands as a significant precedent in Argentine Air Transport Law, addressing the validity of an erroneous electronic offer and its effects on the formation of the international air carriage contract. The analysis explores the tension between the special aeronautical regime -based on the carrier's strict liability and the uniformity principle of the Montreal Convention- and the supplementary application of the Consumer Protection Act. From a strictly transport-law perspective, the commentary argues that the digitalization of contracting does not alter the legal nature of the relationship nor exempt the carrier from its technical diligence duty and from preserving the passenger's legitimate trust, both essential elements for ensuring legal certainty and operational predictability within the international air transport system.

¹ Abogada y Escribana. Doctoranda en Derecho. Profesora de Derecho del Transporte y Derecho Internacional Público. Directora de Equipo de Investigación en Derecho Internacional y Nuevas Tecnologías. UBP. ORCID: 0009-0002-6752-8603

PALABRAS CLAVE: Derecho del transporte aéreo – Contrato de transporte – Error en la oferta – Responsabilidad del transportista – Contratación electrónica.

KEYWORDS: Air Transport Law – Contract of Carriage – Error in Offer – Carrier Liability – Electronic Contracting.

I. Introducción

El fallo *Gómez c/ United Airlines Inc.* y otro constituye un precedente paradigmático para analizar cómo el régimen jurídico del transporte aéreo enfrenta los desafíos de la contratación digital contemporánea. La sentencia, dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial², examina si una oferta electrónica emitida por error durante una promoción comercial puede generar un vínculo contractual válido y exigible, o si dicho error excusable permite eximir al transportista del cumplimiento del contrato de transporte aéreo internacional. La cuestión, aunque en apariencia circunscripta a un problema técnico, interpela directamente la estructura dogmática del Derecho del Transporte: su sistema de responsabilidad, la extensión del deber de diligencia del transportista y la vigencia de la obligación de resultado en entornos tecnológicos automatizados.

La elección de este fallo como objeto de comentario se justifica por su actualidad y su densidad doctrinaria. En él confluyen categorías tradicionales -el contrato de transporte, la responsabilidad del transportista y la tutela del pasajero- con fenómenos propios de la economía digital, como la automatización de precios, la intermediación electrónica y la inteligencia algorítmica. Esta intersección obliga a repensar el alcance de las obligaciones precontractuales y la relación entre el error informático y la buena fe en la formación del consentimiento. En la jurisprudencia argentina, la materia aún carece de lineamientos uniformes, por lo que el fallo adquiere relevancia tanto práctica como teórica, al intentar armonizar el régimen aeronáutico con los principios de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC).

El comentario que sigue adopta una perspectiva estrictamente transportista. El análisis se centra en la responsabilidad contractual del transportista aéreo, evitando extender el estudio hacia el derecho del consumo o del comercio electrónico, que solo se consideran en la medida en que impactan sobre la relación de transporte. Tal enfoque se corresponde con la advertencia doctrinaria de Vassallo, para quien “el contrato de transporte aéreo no puede asimilarse sin más al contrato de consumo, pues se rige por un régimen técnico y jurídico autónomo, orientado por normas especiales de derecho público y privado que garantizan la uniformidad y la previsibilidad de la responsabilidad del transportista”³.

El marco normativo aplicable se integra, en primer término, por el Código Aeronáutico argentino (Ley 17.285), que regula el contrato de transporte aéreo en sus artículos 141 y siguientes; en segundo término, por el Convenio de Montreal de 1999 (Ley 26.451), que unifica las reglas sobre responsabilidad civil en el transporte aéreo internacional; y, de modo supletorio, por la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240), en la medida en que el pasajero pueda ser considerado usuario de un servicio. Como subraya Knobel, la aplicación concurrente de la LDC “no puede alterar la primacía del régimen especial

2 Cám. Nac. Com., Sala A, “Gómez, Diego Agustín c/ United Airlines Inc. y otro s/ ordinario”, Expte. N° 28429/2019, sentencia del 7 de mayo de 2025 (MJ-JU-M-155962-AR | MJJ155962).

3 Vassallo, Carlos María. “Derechos del usuario del transporte aéreo”. Ediciones DyD (1ra ed.), Buenos Aires, 2025, cap. I, p. 45.

aeronáutico, que conserva su supremacía en virtud del principio de especialidad y del carácter uniforme del derecho internacional del transporte aéreo⁴.

El fenómeno del error en la oferta electrónica, en consecuencia, debe ser analizado dentro del marco del transporte aéreo y no como un mero supuesto de publicidad engañosa o error contractual genérico. Aunque el transportista opere mediante sistemas automatizados, sigue sujeto al régimen objetivo de responsabilidad del Convenio de Montreal y del Código Aeronáutico, sin que la digitalización del proceso contractual modifique la esencia de la obligación de resultado. En este sentido, Bosch sostiene que “la virtualidad de la contratación aérea no altera el núcleo de la obligación del transportista: garantizar el traslado conforme a lo pactado, bajo un estándar reforzado de diligencia técnica y de seguridad informacional”⁵.

Por último, debe recordarse que el derecho aeronáutico internacional descansa en el principio de uniformidad interpretativa. El Convenio de Montreal, ratificado por la República Argentina, impone a los tribunales nacionales el deber de aplicar sus disposiciones de modo coherente con las prácticas judiciales extranjeras, en cumplimiento del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y del principio *pacta sunt servanda* de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Esta dimensión internacional refuerza la necesidad de examinar el caso desde la óptica del Derecho del Transporte, evitando interpretaciones fragmentarias que desvirtúen la coherencia y previsibilidad del sistema jurídico aeronáutico.

Desde este marco introductorio, el presente comentario adopta una perspectiva metodológica de enfoque jurisprudencial y sistemático, propia del Derecho del Transporte internacional. El análisis parte de la decisión judicial como fuente primaria, examinando su razonamiento a la luz del régimen jurídico técnico aplicable al contrato de transporte aéreo internacional -Código Aeronáutico, Convenio de Montreal y legislación interna supletoria- y de la doctrina especializada que le otorga coherencia interpretativa. Esta metodología, que combina la interpretación normativa con el examen crítico de la jurisprudencia, busca poner en evidencia la interacción entre las fuentes internas y convencionales del sistema aeronáutico, resaltando su unidad dogmática y su proyección en la práctica judicial contemporánea.

II. Síntesis del caso y del fallo

El caso *Gómez c/ United Airlines Inc.* y otro se origina en una promoción comercial denominada “Travel Sale”, difundida por medios digitales, en la cual la aerolínea publicó tarifas considerablemente inferiores a las habituales para vuelos internacionales. El actor, advirtiendo la oferta, procedió a adquirir los pasajes mediante los canales electrónicos oficiales y obtuvo la correspondiente confirmación de reserva. Días después, la empresa informó que las tarifas respondían a un error del sistema automatizado de tarificación, y que, en consecuencia, no podía reconocer la validez de la operación. Ante la negativa de la aerolínea a cumplir con el traslado, el pasajero interpuso demanda por incumplimiento contractual y daños, invocando la aplicación de la LDC y la existencia de una oferta pública vinculante.

4 Knobel, Horacio E. “Transporte aéreo, relaciones de consumo y prescripción.” *CEDAE*, Buenos Aires, 2016 (reimp. 2020), p. 16.

5 Bosch, Nicolás Alberto. “La aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en el contrato de transporte aéreo de personas: Overbooking y retraso aéreo.” *Repositorio 21*, Buenos Aires, 2021, p. 11.

Las partes fueron: el actor, en su calidad de pasajero y adquirente del billete; la demandada principal, United Airlines Inc., como transportista aéreo internacional; y la empresa intermediaria -una agencia de viajes en línea- que actuó como plataforma de venta, alegando haber obrado como mera intermediaria técnica sin capacidad de modificar la información tarifaria generada por la aerolínea.

La cuestión jurídica central consistió en determinar si la oferta publicada por error generaba un contrato válido y exigible, conforme a las normas del Código Aeronáutico, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y el Convenio de Montreal. En particular, se debatió si el error, en tanto excusable o reconocible, impedía la formación del consentimiento y liberaba al transportista de responsabilidad.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial concluyó que la tarifa había sido publicada por error excusable, derivado de un fallo técnico en los sistemas informáticos de la aerolínea, y que no correspondía imponerle el cumplimiento forzado del contrato. Consideró que el error era manifiesto y que un usuario promedio podía advertir la irrealidad del precio. En consecuencia, sostuvo que no se configuró un consentimiento válido y que, en ausencia de contrato, no podía imputarse incumplimiento al transportista.

El tribunal aplicó de manera concurrente el Código Aeronáutico, el Convenio de Montreal y la LDC, procurando una interpretación armónica de los tres cuerpos normativos. Afirmó que, si bien el transportista está sometido a un régimen objetivo de responsabilidad, este presupone la existencia de un contrato válido, lo cual no se verificaba en el caso. También rechazó el reclamo de daño punitivo, señalando que la conducta del transportista no configuraba dolo ni culpa grave, sino una falla técnica excusable, y que las sanciones punitivas resultaban improcedentes dentro de un régimen de responsabilidad uniforme y limitado.

La sentencia confirmó parcialmente la decisión de primera instancia: reconoció un daño moral acotado por las molestias ocasionadas, pero descartó el cumplimiento forzado y la aplicación del daño punitivo. De este modo, delimitó los efectos jurídicos del error electrónico dentro del régimen del transporte aéreo y reafirmó la primacía del derecho aeronáutico especial sobre la legislación de consumo.

En suma, el fallo trasciende el conflicto individual y proyecta interrogantes de alcance sistémico: ¿hasta qué punto el transportista puede invocar el error tecnológico para eximirse de responsabilidad? ¿Cuáles son los límites del deber de información y de la confianza legítima del pasajero en entornos digitales? ¿Cómo armonizar la tutela del consumidor con la previsibilidad operativa del transporte aéreo internacional? Estas preguntas, más que respuestas cerradas, constituyen el verdadero legado doctrinario del caso, que exige al Derecho del Transporte adaptarse a las nuevas formas de contratación sin renunciar a su coherencia estructural.

III. Régimen jurídico aplicable al contrato de transporte aéreo y su incidencia en el caso

El contrato de transporte aéreo de personas constituye una categoría jurídica especial dentro del derecho privado argentino, dotada de autonomía conceptual y regulatoria. A diferencia de otros contratos de prestación de servicios, su configuración se apoya en un cuerpo normativo propio, que combina disposiciones internas -de naturaleza pública

y privada- con fuentes convencionales internacionales. El Código Aeronáutico argentino (Ley 17.285), en sus artículos 141 a 157, define el contrato como aquel por el cual el transportador se obliga, mediante un precio, a trasladar personas o cosas de un lugar a otro. Esa formulación expresa una obligación de resultado: la llegada del pasajero a destino en condiciones de seguridad y dentro del plazo convenido. Su estructura es, por tanto, bilateral, onerosa y conmutativa, fundada en la reciprocidad de prestaciones y en un régimen de responsabilidad objetiva.

El artículo 144 del mismo Código consagra que el transportador responde por los daños sufridos por los pasajeros durante la ejecución del transporte, salvo que demuestre haber adoptado todas las medidas necesarias para evitarlos. Esta presunción de responsabilidad -que desplaza la necesidad de acreditar culpa- constituye el pilar dogmático del régimen objetivo del derecho aeronáutico. Como subraya Vassallo, “la obligación principal del transportista aéreo no se agota en trasladar al pasajero, sino en hacerlo efectivamente y de manera segura, asumiendo un deber de garantía frente al usuario”⁶. De esta forma, la noción de seguridad se erige no solo como parámetro técnico-operativo, sino como contenido esencial del contrato mismo.

En el plano internacional, este régimen se articula con el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional, adoptado en Montreal (1999) y ratificado por la República Argentina mediante la Ley 26.451. Dicho instrumento sustituyó progresivamente al Convenio de Varsovia (1929) y sus protocolos complementarios, consolidando un sistema de responsabilidad uniforme aplicable al transporte aéreo internacional. Los artículos 17 a 22 del Convenio de Montreal delimitan los supuestos de responsabilidad del transportista por muerte o lesión de los pasajeros, pérdida o destrucción de equipaje, y daños derivados de retrasos, estableciendo límites cuantitativos y causales eximentes específicas. Sin embargo, su trascendencia en el caso *Gómez c/ United Airlines* excede los supuestos tradicionales de daño, pues el Convenio también consagra un principio de uniformidad interpretativa que obliga a los tribunales nacionales a aplicar sus normas de modo coherente con las decisiones extranjeras, preservando la armonía del sistema internacional de transporte.

Desde esta perspectiva, la interpretación de la oferta electrónica y del consentimiento contractual en la contratación de pasajes no puede escindirse de este marco jurídico especial, aun cuando se invoquen normas de derecho común o de consumo. En efecto, el fallo analizado adopta correctamente un criterio de integración normativa, reconociendo que la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240) resulta aplicable de manera supletoria, conforme a su artículo 63, que preserva la vigencia de los regímenes especiales. En otras palabras, el pasajero puede ser calificado como consumidor, pero el vínculo que origina la relación es, sustancialmente, un contrato de transporte aéreo sometido a normas internacionales de carácter uniforme.

La doctrina contemporánea coincide en que esta coexistencia normativa no implica una relación jerárquica de subordinación, sino un diálogo de fuentes. Según Knobel, tal articulación “no genera un conflicto normativo, sino una complementariedad funcional en la que la ley de consumo refuerza los deberes de información y trato digno sin alterar la

6 Vassallo, Carlos María. *Derecho Aeronáutico. Contrato de transporte aéreo de personas*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016, p. 212.

naturaleza objetiva del régimen del transportista⁷. En la misma línea, Bosch advierte que “la aplicación del derecho del consumidor en el ámbito del transporte aéreo debe operar como un instrumento de tutela, no como un factor de distorsión de la especificidad técnica y de la uniformidad del sistema”⁸.

A la luz de estas premisas, la fase precontractual -en la que se sitúa el error de la oferta digital- se encuentra igualmente sujeta a los principios del derecho aeronáutico: buena fe, diligencia técnica y deber de información. Este deber no se limita a la publicidad comercial, sino que constituye una obligación jurídica autónoma, cuyo incumplimiento puede comprometer la responsabilidad del transportista aun antes de la ejecución material del transporte. El pasajero confía legítimamente en la coherencia del sistema de tarifas y en la corrección de la información emitida a través de los canales oficiales de venta; esa confianza íntegra, en el derecho del transporte, la expectativa de seguridad que el transportista debe garantizar.

En el caso analizado, la Cámara Comercial consideró que el error en la oferta electrónica era excusable por provenir de un desperfecto técnico en el sistema automatizado de tarificación, lo que excluía la existencia de consentimiento válido. No obstante, el examen de la validez del consentimiento fue correctamente enmarcado dentro del derecho del transporte: si el contrato no llega a formarse, no puede operar el régimen objetivo del Código Aeronáutico ni las reglas de Montreal. En consecuencia, el tribunal reafirmó la preeminencia del régimen aeronáutico incluso en un contexto tecnológico complejo, preservando la coherencia del sistema jurídico internacional.

Así, el fallo consolida la idea de que la digitalización de la contratación aérea no altera la naturaleza del vínculo jurídico ni atenúa los estándares de diligencia exigibles al transportista. Por el contrario, refuerza la necesidad de integrar las herramientas tecnológicas al marco normativo aeronáutico, garantizando la uniformidad y previsibilidad del sistema global de transporte.

A la luz de lo expuesto, resulta pertinente destacar que el régimen jurídico del transporte aéreo, en su articulación entre el Código Aeronáutico y el Convenio de Montreal, impone a los tribunales un parámetro interpretativo uniforme que excede la mera literalidad contractual. La validez del consentimiento digital -particularmente en casos de error en la oferta- no puede resolverse desde una óptica civilista clásica, sino a la luz de los principios de seguridad, previsibilidad y confianza que informan al derecho aeronáutico internacional. De ello se desprende que, incluso en contextos de automatización tecnológica, el transportista sigue siendo garante de la coherencia de su sistema operativo y del respeto al estándar de buena fe que rige la relación con el pasajero. Esta proyección del régimen internacional sobre la contratación electrónica justifica que el análisis del fallo no se limite a la mecánica del error, sino que se extienda a valorar su impacto sobre la responsabilidad objetiva del transportista y la confianza legítima del usuario.

IV. Análisis crítico del fallo

El fallo *Gómez c/ United Airlines Inc.* y otro presenta un valioso campo de análisis para

7 Knobel, Horacio E. “La interacción entre la Ley de Defensa del Consumidor y los regímenes especiales: el caso del transporte aéreo”, *Revista del CEDAE*, Buenos Aires, 2020, p. 45.

8 Bosch, Nicolás Alberto. “*Contratación aérea digital y responsabilidad del transportista*”, *Anuario de Derecho Aeronáutico y Espacial*, n.º 15, 2022, p. 178

el Derecho del Transporte, en tanto aborda una cuestión contemporánea y compleja: la incidencia del error en la oferta electrónica dentro de un contrato de transporte aéreo internacional. El tribunal, al resolver que la tarifa publicada durante una promoción era producto de un error excusable, concluye que no hubo consentimiento válido y, por tanto, no se configuró la obligación de transporte. Esta fundamentación, aunque jurídicamente plausible, exige una lectura crítica cuando se la traslada al régimen especial del transporte aéreo, en el que la relación entre transportista y pasajero se estructura sobre principios de confianza legítima, seguridad y uniformidad internacional.

El razonamiento judicial parte de los artículos 265 y 266 del Código Civil y Comercial, que distinguen entre error invencible -que anula el acto- y error evitable -que no lo vicia-. La Cámara entendió que la tarifa publicada era manifiestamente irrisoria, y que un usuario razonable habría advertido el error. Sin embargo, la afirmación de “manifiestidad” del error requiere un estándar técnico y probatorio que el fallo no desarrolla con suficiente rigor. En materia de transporte aéreo, donde los precios fluctúan dinámicamente por variables operativas, tecnológicas y de mercado, la determinación de qué constituye un “precio notoriamente erróneo” no puede descansar en una apreciación intuitiva. Habría sido más consistente que el tribunal explicitara los criterios utilizados -por ejemplo, análisis comparativo de tarifas, estructura de costos, antecedentes de promociones o lapsos de corrección-, a fin de garantizar la objetividad de la decisión y su compatibilidad con el principio de seguridad jurídica que rige la contratación aérea.

Desde la perspectiva transportista, el fallo deja abierta una tensión significativa: si la automatización del precio constituye un riesgo asumido por el transportista o, por el contrario, una circunstancia excusable que excluye su responsabilidad. La doctrina más consistente -particularmente Vassallo- sostiene que el deber de seguridad del transportista, núcleo del contrato de transporte de personas, se extiende más allá del traslado físico, abarcando la confianza funcional del usuario en todo el proceso de contratación y prestación del servicio⁹. En esta línea, la comercialización masiva y digital del transporte aéreo impone al transportista la obligación de controlar los sistemas tecnológicos de tarificación que utiliza o contrata. Si el error tarifario proviene de un defecto interno en su sistema o en el de su proveedor, ese riesgo debería considerarse parte inherente de la organización empresarial del transporte. La exoneración automática, bajo la invocación de un error técnico, diluye el principio de confianza del pasajero y debilita el equilibrio estructural del contrato.

El tribunal, sin embargo, opta por una postura de contención, priorizando la previsibilidad operativa del transportista sobre la tutela de la confianza del usuario. Esa opción, si bien comprensible desde la óptica del tráfico económico internacional, puede generar un efecto indeseado: la erosión de la expectativa razonable del pasajero de que los precios publicados por los canales oficiales reflejan ofertas válidas y verificadas. Desde el Derecho del Transporte, la confianza legítima del pasajero constituye una derivación directa de la obligación de seguridad, entendida -como subraya Vassallo- en sentido integral, esto es, como garantía de protección material y simbólica del usuario frente a los riesgos del sistema¹⁰. Una lectura más equilibrada habría exigido distinguir entre errores manifiestamente invencibles -que impiden la formación del contrato- y aquellos atribuibles a fallas controlables del sistema, que deberían generar un deber de reparación o mitigación.

9 Vassallo, Carlos María. *Derechos del usuario del transporte aéreo*. Ediciones DyD, Buenos Aires, 2025, cap. II, p. 87.

10 Vassallo, Carlos María, *ob. cit.*, cap. I, pp. 42-44.

El segundo plano de análisis se vincula con la articulación normativa del fallo. La Cámara aplicó correctamente el Código Aeronáutico y el Convenio de Montreal como marco principal, utilizando la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) solo de modo supletorio, conforme al artículo 63 de dicha ley. Esta elección preserva la jerarquía del régimen especial aeronáutico y respeta el principio de uniformidad del derecho internacional del transporte, conforme al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y al principio *pacta sunt servanda* de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). La doctrina ha destacado reiteradamente -Knobel, entre otros- que el Convenio de Montreal constituye un sistema cerrado de responsabilidad que debe prevalecer sobre normas internas cuando regula la misma materia¹¹. El fallo, en este punto, se mantiene fiel a esa estructura, reforzando la coherencia normativa y la seguridad jurídica del transporte aéreo.

No obstante, la incorporación complementaria de la LDC en lo relativo a la información y al trato digno plantea una cuestión interpretativa que la sentencia no agota. Si bien es admisible -e incluso deseable- que las normas de consumo se apliquen como refuerzo de la transparencia y la buena fe en la relación transportista-pasajero, debe evitarse que esa aplicación desplace las limitaciones de responsabilidad previstas por el Convenio de Montreal. Bosch advierte que, en los supuestos de *overbooking*, pérdida o retraso, la coexistencia de ambos regímenes puede generar un “solapamiento correctivo” que tensiona la uniformidad internacional del sistema¹². En el presente caso, la Cámara no incurre en esa confusión, pero deja sin precisar los parámetros para armonizar los remedios -reembolso, voucher o indemnización- cuando concurren los dos regímenes normativos. Esta omisión puede generar incertidumbre futura en la práctica judicial y operativa del transporte.

Un tercer eje de análisis lo constituye el tratamiento de los daños punitivos. La Cámara rechaza su procedencia, en línea con una interpretación restrictiva del artículo 52 bis de la LDC, por considerar que no existió dolo, culpa grave ni abuso sistemático. La decisión resulta doctrinariamente acertada. Como ha sostenido Quiroga Lavié, el daño punitivo debe reservarse a supuestos de gravedad excepcional, donde se verifique una conducta reprochable y reiterada por parte del transportista¹³. Incorporar la multa civil a un régimen de responsabilidad objetiva, como el que rige el transporte aéreo bajo el Convenio de Montreal, implicaría desnaturalizar su estructura indemnizatoria y duplicar los efectos sancionatorios, en perjuicio de la previsibilidad y estabilidad del sistema. La prudencia judicial, en este punto, refuerza la coherencia interna del derecho aeronáutico y evita distorsiones interpretativas que podrían obstaculizar la aplicación uniforme del Convenio a nivel internacional.

Con todo, la sentencia deja planteado un desafío para la doctrina del transporte: cómo compatibilizar la responsabilidad objetiva del transportista —pilar del Convenio de Montreal— con las exigencias contemporáneas de transparencia y corrección en la contratación digital. El rechazo del daño punitivo no debe traducirse en un desincentivo a la adopción de estándares tecnológicos de prevención. Las aerolíneas y agencias deberían establecer protocolos verificables de control de tarifas, mecanismos automáticos de de-

11 Knobel, Horacio E. “Transporte aéreo, relaciones de consumo y prescripción.” *CEDAE*, Buenos Aires, 2020, pp. 14–15.

12 Bosch, Nicolás Alberto. “La aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en el contrato de transporte aéreo de personas: Overbooking y retraso aéreo.” *Repositorio 21*, Buenos Aires, 2021, pp. 10–12.

13 Quiroga Lavié, Hugo. “Daño punitivo y contrato de transporte aéreo.” *Comercio y Justicia*, Córdoba, 2021, p. 3.

tección de errores y procedimientos de notificación inmediata al usuario. La responsabilidad objetiva no se limita al daño físico o al incumplimiento material del transporte: también comprende la obligación de mantener la confianza estructural del sistema de comercialización, en tanto elemento esencial de la seguridad jurídica del transporte aéreo internacional.

En definitiva, el fallo de la Cámara combina prudencia interpretativa con algunas lagunas argumentales. Acierta al preservar la supremacía del régimen especial aeronáutico y al rechazar el uso indiscriminado del daño punitivo, pero incurre en cierta insuficiencia al evaluar la excusabilidad del error y la confianza del pasajero en la oferta digital. Desde el punto de vista del Derecho del Transporte, el desafío consiste en lograr un equilibrio entre previsibilidad operativa y tutela de la confianza legítima, bajo un marco normativo coherente con los principios del Convenio de Montreal. La doctrina deberá seguir profundizando en los límites de la excusabilidad tecnológica y en la responsabilidad del transportista frente a fallas derivadas de sus propios sistemas, para garantizar una interpretación evolutiva y armónica del derecho aeronáutico contemporáneo.

V. Relevancia para la doctrina y la práctica del derecho del transporte aéreo

El fallo *Gómez c/ United Airlines Inc.* y otro proyecta una relevancia particular tanto para la doctrina como para la práctica profesional del Derecho del Transporte, al situarse en la frontera entre la contratación electrónica masiva y el régimen especial del transporte aéreo internacional. Su importancia excede la resolución del caso concreto: constituye un punto de inflexión en la forma en que los tribunales argentinos comienzan a interpretar las obligaciones de los transportistas en entornos digitales, donde la automatización y la inteligencia algorítmica reemplazan progresivamente la voluntad humana directa en la formación del contrato.

Desde la perspectiva doctrinaria, el fallo obliga a repensar la categoría clásica de “error excusable” en un contexto en el que los precios no son determinados por individuos sino por sistemas automatizados de gestión tarifaria. En este sentido, la sentencia abre un debate ineludible sobre los límites de la excusabilidad técnica y la responsabilidad por el control de los algoritmos que intervienen en la fijación de tarifas. La doctrina del transporte, tradicionalmente centrada en la seguridad física y la puntualidad, se ve ahora convocada a incorporar una dimensión tecnológica: la seguridad informacional como componente del deber de diligencia del transportista. Tal como sostiene Bosch, la confiabilidad de los sistemas digitales que median la contratación forma parte del ecosistema operativo del transporte y, por ende, de su régimen de responsabilidad objetiva¹⁴. En este plano, el fallo, aun sin desarrollar una doctrina tecnológica explícita, sienta las bases para una futura línea interpretativa que podría consolidar la noción de “diligencia tecnológica del transportista”, entendida como la obligación de prever, supervisar y corregir los errores que se produzcan en los canales electrónicos de contratación.

En el terreno de la práctica, la sentencia ofrece orientaciones relevantes para la actuación de aerolíneas, agencias de viajes y plataformas de venta digital. Refuerza la necesidad de establecer protocolos internos de detección temprana de errores, mecanismos de auditoría y comunicación inmediata a los usuarios, con el fin de preservar la confianza del pasajero y evitar litigios. La omisión de estas medidas, en futuros casos, podría ser inter-

14 Bosch, Nicolás Alberto. “La aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en el contrato de transporte aéreo de personas: Overbooking y retraso aéreo.” *Repositorio 21*, Buenos Aires, 2021, p. 11.

pretada por los tribunales como negligencia en el control de los sistemas de tarificación, generando responsabilidad contractual incluso ante errores no dolosos. En consecuencia, el fallo introduce una pauta de prudencia operativa que, si bien no impone nuevas obligaciones legales, redefine el estándar de diligencia esperable en la industria aérea.

Desde el punto de vista de la interpretación judicial, la decisión contribuye a reafirmar un equilibrio saludable entre la especialidad del régimen aeronáutico y la tutela del consumidor. Como señala Knobel, el artículo 63 de la Ley de Defensa del Consumidor no sustituye el régimen del transporte, sino que lo complementa en aquellos aspectos en que resulta compatible¹⁵. En ese sentido, el fallo se inscribe en una línea jurisprudencial que reconoce la aplicación concurrente de ambos sistemas sin desnaturalizar la estructura del Convenio de Montreal. Esta integración prudente preserva la uniformidad internacional del derecho aeronáutico -valor esencial del sistema- y evita el riesgo de “nacionalizar” en exceso la regulación de una actividad esencialmente transfronteriza.

En cuanto a su proyección internacional, la sentencia contribuye indirectamente a fortalecer la recepción del Convenio de Montreal en el derecho argentino. Al priorizar el régimen uniforme sobre las normas internas de consumo, la Cámara refuerza la coherencia del sistema argentino con el marco jurídico global y evita interpretaciones disonantes que podrían afectar la previsibilidad del tráfico aéreo. Este aspecto reviste especial importancia si se considera la cláusula de supremacía de los tratados internacionales incorporada al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, que impone a los tribunales locales la obligación de garantizar una interpretación conforme a los compromisos asumidos por el Estado argentino.

Por último, el fallo tiene un efecto pedagógico sobre la práctica forense y regulatoria: demuestra que los conflictos generados por la automatización de la oferta y la comercialización digital del transporte no requieren una ruptura con el régimen tradicional, sino su actualización interpretativa. El Derecho del Transporte, en su versión contemporánea, debe ser capaz de responder a los desafíos de la digitalización sin perder su coherencia estructural. En este sentido, la decisión judicial analizada se convierte en un precedente útil para consolidar una doctrina nacional que combine la previsibilidad operativa del transportista con la tutela efectiva del usuario, dentro del marco uniforme y equilibrado del Convenio de Montreal.

VI. Conclusiones

El fallo *Gómez c/ United Airlines Inc.* y otro representa un precedente de transición dentro del Derecho del Transporte Aéreo contemporáneo, en tanto enfrenta la colisión entre una figura clásica -el error en la oferta- y los desafíos tecnológicos de la contratación automatizada. Su valor doctrinario radica en haber abordado este problema desde el régimen especial del transporte aéreo, reafirmando la supremacía del Convenio de Montreal y la coherencia del sistema jurídico aeronáutico frente a la creciente expansión del Derecho del Consumo en la esfera de los servicios digitales.

Desde un punto de vista técnico, la sentencia acierta al preservar la jerarquía normativa del régimen aeronáutico internacional y a mantener su articulación armónica con la Ley de Defensa del Consumidor. La aplicación supletoria del artículo 63 de esta última, sin

15 Knobel, Horacio E. “Transporte aéreo, relaciones de consumo y prescripción.” *CEDAE*, Buenos Aires, 2020, pp. 13–15.

desnaturalizar la estructura de responsabilidad del Convenio de Montreal, refuerza la previsibilidad y la seguridad jurídica del transporte aéreo, pilares esenciales del comercio y la navegación internacionales. Tal como señala Vassallo, el equilibrio del sistema aeronáutico reside precisamente en su uniformidad: en la posibilidad de que un mismo conjunto de reglas se aplique, con certeza y coherencia, a todos los operadores que participan en el tráfico global¹⁶. En esa línea, el fallo reafirma la necesidad de que los jueces locales interpreten las controversias en materia de transporte aéreo con deferencia hacia los estándares internacionales, garantizando la continuidad y la estabilidad del régimen.

No obstante, el caso también expone ciertas limitaciones metodológicas que merecen una reflexión crítica. La calificación del error como “manifiesto” se basó en criterios insuficientemente explicitados, lo que debilita la solidez probatoria del razonamiento. Una sentencia de esta naturaleza habría ganado densidad argumental si hubiese establecido parámetros técnicos verificables para determinar cuándo un error en la tarificación puede considerarse excusable. La doctrina del transporte enfrenta aquí un desafío epistemológico: incorporar herramientas de análisis tecnológico y de auditoría digital al examen de la diligencia profesional del transportista. El contrato de transporte, históricamente centrado en la obligación de resultado físico -el traslado seguro y puntual-, debe hoy integrar también una obligación de resultado informacional: la garantía de que las condiciones electrónicas de la oferta sean confiables, verificables y comunicadas con transparencia.

Desde la perspectiva del usuario, el fallo plantea un dilema ético y jurídico relevante: cómo proteger la confianza legítima del pasajero sin poner en riesgo la sostenibilidad del sistema. En este sentido, la sentencia opta por una postura equilibrada, aunque conservadora: evita imponer el cumplimiento forzado del contrato -lo que podría haber generado un efecto expansivo difícil de contener-, pero deja abierta la posibilidad de futuras responsabilidades mitigadas cuando el error provenga de deficiencias de control interno. Esta prudencia judicial resulta coherente con el principio de proporcionalidad que subyace al Derecho del Transporte internacional, donde la protección del pasajero y la previsibilidad del transportista son valores complementarios, no antagónicos.

En materia de daños, el rechazo del daño punitivo se ajusta a la doctrina consolidada, que lo reserva para supuestos de dolo o abuso sistemático. Siguiendo la posición de Quiroga Lavié, la incorporación de sanciones punitivas en un régimen de responsabilidad objetiva, como el del transporte aéreo, produciría una distorsión incompatible con su finalidad compensatoria¹⁷. La decisión de la Cámara, al denegar la multa civil, preserva la coherencia del sistema y evita un doble castigo que podría afectar la uniformidad interpretativa del Convenio de Montreal. Sin embargo, esta negativa no exime a las aerolíneas de adoptar mecanismos preventivos y correctivos más robustos. El Derecho del Transporte no se agota en la indemnización posterior: incluye también la prevención del daño y la preservación de la confianza como componentes de la diligencia profesional.

En términos prospectivos, el caso invita a repensar la doctrina del transporte aéreo desde una clave de modernización tecnológica. La creciente digitalización de los procesos de reserva y emisión de pasajes impone a los operadores una nueva forma de respon-

16 Vassallo, Carlos María. *Derechos del usuario del transporte aéreo*. Ediciones DyD, Buenos Aires, 2025, cap. II, p. 112.

17 Quiroga Lavié, Hugo. “Daño punitivo y contrato de transporte aéreo.” *Comercio y Justicia*, Córdoba, 2021, p. 3.

sabilidad: la de garantizar la fiabilidad técnica de los sistemas que utilizan para generar, publicar y gestionar sus ofertas. En este sentido, la jurisprudencia debería avanzar hacia la formulación de un estándar mínimo de diligencia tecnológica, que determine cuándo un error puede considerarse excusable y cuándo constituye una omisión en el deber de control. Tal evolución interpretativa consolidaría la coherencia del sistema y permitiría responder a los nuevos riesgos sin alterar la estructura clásica del contrato.

Finalmente, desde una mirada más amplia, el fallo se inscribe en una tendencia internacional hacia la armonización tecnológica del derecho aeronáutico. La uniformidad del Convenio de Montreal no puede sostenerse sin un diálogo constante entre jurisdicciones y organismos especializados, como la OACI, orientado a establecer principios comunes sobre la contratación digital y la automatización tarifaria. El desafío para la doctrina argentina es participar activamente en ese proceso, aportando criterios que integren la tradición del Derecho del Transporte con las exigencias contemporáneas de la economía digital.

En suma, *Gómez c/ United Airlines* no revoluciona el Derecho del Transporte Aéreo, pero lo interpela en su esencia. Reafirma su coherencia estructural y lo obliga, al mismo tiempo, a evolucionar. La doctrina especializada tiene ahora la tarea de construir un nuevo paradigma interpretativo que preserve la seguridad jurídica y la confianza del pasajero, extendiendo el principio de seguridad del vuelo a la esfera de la contratación electrónica. Así, la sentencia deja una enseñanza decisiva: en la era digital, la verdadera obligación de resultado del transportista no es solo llevar al pasajero a destino, sino garantizar la fiabilidad integral del sistema que hace posible su viaje¹⁸.

Referencias Bibliográficas

- Bosch, N. A. (2016). La aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en el contrato de transporte aéreo de personas: Overbooking y retraso aéreo. *Repositorio 21*, 1–15. Buenos Aires, Argentina.
- Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional (1999). *Convenio de Montreal*, Ley 26.451. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, Argentina.
- Código Aeronáutico de la Nación Argentina, Ley 17.285. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, Argentina.
- Kiper, C. M. (2022). El contrato de transporte aéreo y la era digital: emisión electrónica y deberes de información [Informe]. *La Ley Online*. Cita Online: AR/DOC/2345/2022.
- Knobel, H. E. (2016). Transporte aéreo, relaciones de consumo y prescripción. *Revista del Centro de Derecho Aeronáutico y Espacial (CEDAE)*, 45–62. Buenos Aires, Argentina.
- Quiroga Lavié, H. (2024). Daño punitivo y contrato de transporte aéreo. *Comercio y Justicia*, Córdoba, Argentina.
- Vassallo, C. M. (2025). *Derechos del usuario del transporte aéreo*. Ediciones DyD. Buenos Aires, Argentina.
- Varosavia. (1929). Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional, Ratificado por la República Argentina mediante Decreto-Ley 14.111/57. *Boletín Oficial de la República Argentina*. Buenos Aires, Argentina.

¹⁸ Bosch, Nicolás Alberto. “La aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en el contrato de transporte aéreo de personas: Overbooking y retraso aéreo.” *Repositorio 21*, Buenos Aires, 2021, pp. 10–11.

Fallo

Fallo: Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS - TRANSPORTE DE PASAJEROS - AERONAVEGACIÓN - DAÑO MORAL - DAÑO PUNITIVO - OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO - CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Partes: Gómez Diego Agustín c/ United Airlines Inc. y otro | ordinario

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Sala/Juzgado: A

Fecha: 7-may-2025

Cita: MJ-JU-M-155962-AR | MJJ155962

Producto: SOC,MJ

Los efectos propios del contrato de transporte aéreo son obligaciones de resultado, excepto en caso de retraso en donde la obligación se considera de medio.

Sumario:

1.-El juez no tiene la obligación de ponderar todas las pruebas colectadas en la causa, sino sólo aquéllas que juzgue, según su criterio, pertinente y conducentes para resolver el caso. Asimismo, tampoco tiene el deber de tratar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que estimen que posean relevancia para sustentar sus conclusiones.

2.-El contrato de transporte aéreo es aquél por el cual una persona se compromete a transportar por vía aérea, de un lugar a otro, a otra persona y su equipaje o mercancías. Tal conceptualización permite detectar rápidamente los elementos fundamentales que integran esta noción: el primero y más característico es la prestación del transportista, quien, para que exista contrato de transporte, debe imprescindiblemente obligarse a trasladar personas o cosas de un lugar a otro y a su vez, existe como contrapartida, una obligación recíproca del otro contratante, cual es, el compromiso de pagar un precio por el traslado.

3.-La gran mayoría de los contratos de transporte aéreo se celebran por adhesión, lo cual es particularmente relevante en las líneas regulares internacionales, que se ajustan a las condiciones generales elaboradas por IATA, sin embargo, ello no suele afectar en absoluto la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad ni, por lo tanto, la libertad contractual de las partes, sino que sujeta la formulación del consentimiento a un proceso especial, utilizado en vastos sectores de la actividad comercial contemporánea, que está sometida a una regulación propia tendiente a evitar que el mayor poder de negociación de una de las partes pueda dejar a la otra en tal situación de inferioridad, que comprometa la vigencia de los principios fundamentales del derecho de los contratos.

4.-A los elementos fundamentales del contrato de transporte aéreo, que coinciden con otros tantos del contrato de transporte en general, deben agregarse los específicos de la especie que analizamos, es decir, que el traslado convenido debe efectuarse en aeronave y por vía aérea, entre el punto de partida y destino de la operación.

5.-En materia de contrato de transporte aéreo, existe un contrato único, con un solo lugar de celebración, del cual nace a cargo de ambas partes un conjunto de obligaciones y entre éstas, las del transportista, quien debe efectuar el traslado, en los respectivos lugares de cumplimiento, pero siempre sobre la base de una sola fuente, el contrato de transporte aéreo celebrado inicialmente.

6.-El contrato de transporte aéreo es un consensual, bilateral, oneroso, formal y comercial y, por su esencia jurídica, se trata de un contrato típico nominado, que aparece como

una variedad de la locación de obra, en que el locador es el transportista y el opus consiste en el traslado a destino de las personas o cosas transportadas, resultado que tiene como contraprestación el pago del precio por el otro contratante y que provee a la figura de su elemento más definitorio, contando con una estructura legal ordenada, para el ámbito internacional, por el Convenio de Varsovia de 1929, los Protocolos de la Haya y de Montreal, vigentes entre los Estados involucrados.

7.-Los efectos propios del contrato de transporte aéreo son obligaciones de resultado, excepto en caso de retraso en donde la obligación asumida se considera de medio, atento a la causal de exoneración total considerada válida para este supuesto, esto es, la prueba de la debida diligencia.

8.-El transportador o porteador es el sujeto activo en la ejecución del contrato y de quien se puede decir, como nota distintiva, que es quien contrae la obligación de trasladar a las personas o a las cosas, lo cual implica admitir que tiene ese papel quien contrata el transporte, más bien que quien lo lleva a cabo, dicho esto sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad de los transportadores no contractuales por el Convenio de Guadalajara y las leyes inspiradas en sus disposiciones. Debe repararse en que el transportista no necesita forzosamente comprometerse a llevar a cabo el transporte por sus propios medios, sino que es suficiente la asunción de la obligación de proveerlo o hacerlo proveer por otra persona idónea para tal fin.

9.-El Convenio de Varsovia es una convención internacional que regula el tráfico aéreo, suscripta en Varsovia en 1929 y modificada en 1955 en La Haya y en 1975 en Montreal. En particular, La Convención de Varsovia ordena a las compañías emitir tickets para los pasajeros y resguardos de equipaje para el equipaje facturado, limitando también la responsabilidad de las compañías por daños personales. Después de 1999, la Convención de Montreal o Convenio de Montreal ha sustituido ampliamente a la Convención de Varsovia.

10.-En su art. 19, la Convención de Varsovia establecía que el porteador es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de viajeros, mercancías o equipajes. Por su parte, el inc. 1° del art. 20 contemplaba la eximición de responsabilidad del porteador si prueba que él y sus comisionados han tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas, mientras que el art. 22 limitaba a ciento veinticinco mil francos la responsabilidad del porteador, con relación a cada viajero en el transporte de personas.

11.-El Convenio de Montreal entró en vigencia el 4.11.2003 y reemplazó, para los Estados parte, al denominado Sistema de Varsovia, imponiendo también en cabeza del transportista la responsabilidad por daños ocasionados por retrasos en el transporte aéreo de pasajeros, equipaje o carga (art. 19) y ello, cuando no demuestre que él y sus dependientes o agentes hayan adoptado todas las medidas razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible, a uno y otros, adoptar dichas medidas. De su lado, el art. 20 contempla la exoneración total o parcial del transportista, si aquél ... prueba que la negligencia u otra acción indebida de la persona que pide la indemnización, o la persona de la que proviene su derecho, causó el daño o contribuyó a él... .

12.-La Ley N° 24.240, conocida como Ley de Defensa del Consumidor (LDC), es una ley general, de fuente interna, toda vez que regula, en ese carácter, a todas las relaciones contractuales -con prescindencia de la materia de que se traten- que resulten susceptibles de encuadramiento dentro de las relaciones de consumo como categoría general, en la que se subsumen los contratos como una institución particular.

13.-El Convenio de Montreal de 1999 que regula de manera específica la actividad aeronáutica prevalece sobre las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor

que regula, en el ámbito interno, las relaciones de consumo de manera genérica y que, estrictamente, resultarán de aplicación cuando el derecho interno argentino resulte aplicable al caso, según las fuentes de derecho internacional privado que lo rijan. No obstante ello, cabe señalar que la Ley de Defensa del Consumidor recoge reglas protectorias y correctoras, inspiradas en principios de orden público de nuestro ordenamiento que vienen a integrar el ámbito de la protección del consumidor también en el ámbito del Derecho Internacional Privado.

14.-El derecho del consumidor atraviesa transversalmente toda la materia del derecho privado y, como surge del art. 42 de la CN., el consumidor y/o usuario es protegido en sus derechos patrimoniales, y la Ley N° 24.240 asume ese enfoque cuando le reconoce una serie de acciones que aquél puede ejercitar a fin de mantener incólumes sus derechos frente al proveedor. La normativa consumerista contiene un esquema de responsabilidad civil propio que prevalece sobre el previsto en el derecho común, aunque no excluye su aplicación y, en diversos aspectos, se complementa con él.

15.-El estatuto del consumidor es un sistema, en cuanto conforma un todo ordenado e interrelacionado, para la realización de un determinado objeto: la justicia correctiva a favor del consumidor.

16.-De las normas protectoras en materia de defensa del consumidor y de las leyes de defensa de la competencia (leyes N° 22.262 y N° 25.156 de defensa de la competencia, ley N° 22.802 de lealtad comercial, ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor), pueden inferirse los principios generales de orden público que permiten construir las pautas aplicables en las relaciones de consumo que, en esa medida, de corresponder, integrarían el orden aplicable al caso.

17.-No es viable exigir al consumidor una conducta más sagaz que la desplegada por la agencia de viajes, dada la experiencia y profesionalidad que es esperable de parte de ésta por su condición de comerciante con especialización en el tema. Frente a ello, no resulta razonable sostener que el consumidor pudo advertir que el bajo precio de los pasajes respondió a un error de la empresa al confundir el tipo de cambio o signo monetario, ergo, no es posible concluir que aconteció el requisito de la reconocibilidad exigido por el CCivCom. 266.

18.-El resarcimiento del daño moral en materia contractual -como en principio lo es el de la especie debe ser apreciado con criterio restrictivo, teniendo en cuenta que no se trata de una reparación automática tendiente a resarcir las desilusiones, incertidumbres y disgustos que toda inejecución contractual trae aparejados, sino solamente determinados padecimientos espirituales que, de acuerdo con la naturaleza del hecho generador de responsabilidad y circunstancias del caso, así lo hagan menester.

19.-Para que resulte procedente la reparación moral, es necesario considerar la repercusión que la acción dañosa provoca en la persona afectada. Las molestias, así como los reclamos extrajudiciales o la necesidad de accionar judicialmente para obtener el reconocimiento de su derecho indemnizatorio, no constituyen daño moral: para que así sea, es menester alegar y probar -razonablemente- la modificación ndisvaliosa del espíritu, de querer o sentir del supuesto damnificado para, así, admitir tal rubro indemnizatorio

20.-El agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas: entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, aunque no cualquier inquietud o perturbación del ánimo derivados de la privación de bienes materiales son suficientes para justificarlo.

21.-No debe existir necesaria vinculación proporcional entre el eventual daño moral y el perjuicio que pudiere afectar la persona de la víctima, pudiendo la indemnización variar

en razón de las circunstancias de cada caso.

22.-El daño moral existe cuando se lesionan derechos de las personas que son extraños a valores económicos y su reparación tiene un carácter resarcitorio y no, meramente sancionatorio o ejemplar, en tanto de lo que se trata de lograr a través de la indemnización, es una compensación que, en alguna medida, morigere los efectos del agravio moral sufrido.

23.-La reparación del agravio moral, derivado de la responsabilidad contractual queda librada al arbitrio del juez, quien libremente apreciará su procedencia. Sin embargo, se debe conceder con cierta estrictez y es a cargo de quien lo reclama su prueba concreta y en esta línea de ideas pues, el peticionante, además de probar la existencia del agravio, debe probar, de alguna manera, su cuantía o, cuanto menos, que se configuran las pautas de valoración necesarias para permitir al juzgador proceder a su determinación. De otra manera, nuevamente, la indemnización podría configurar una confiscación o enriquecimiento sin causa a favor del reclamante.

24.-A diferencia de lo que sucede con otros rubros indemnizatorios, la acreditación del daño moral no requiere, necesariamente, de elementos que objetiven, mediante pericias médicas o psicológicas, la existencia de un perjuicio físico o psiquiátrico; sin embargo, deben existir indicios que funden la pretensión con una vinculación causal suficiente.

25.-En el ámbito de los contratos de servicios turísticos la cuestión espiritual adquiere particular significación pues los incumplimientos en los que pueden incurrir las aerolíneas importan la afección del interés extrapatrimonial del consumidor conatural con el contrato de viaje. En efecto, ya sea que el viaje se realice por motivos vacacionales, recreativos, deportivos o culturales, existen en el consumidor expectativas de disfrute, cuya frustración, a causa de las prestaciones incumplidas o defectuosamente cumplidas, deberán ser reparadas en calidad de daño extrapatrimonial. En este marco, no resulta difícil representarse el grado de incertidumbre e impotencia y el sentimiento de frustración que debió provocarle al actor el hecho de haberse anoticiado de la cancelación unilateral de la compra de los pasajes.

26.-Procede la reparación del daño moral cuando las vicisitudes que debió afrontar el actor como consecuencia del incumplimiento de los deberes a cargo de la parte demandada, debieron ocasionarles una afectación del espíritu suficiente para ser resarcida. Sobre esa base, atendiendo a las circunstancias del caso y la naturaleza de la cuestión involucrada, recurriendo al criterio de estimación prudencial que debe orientar la labor de los magistrados -art. 165 CPCCN-, se juzga razonable para enjugar el daño moral la suma fijada por la Jueza de primera instancia respecto a este ítem.

27.-El daño punitivo ha sido definido como la suma de dinero que los tribunales mandan pagar a las víctimas de ciertos ilícitos, que se agregan a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado y que está destinada a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro.

28.-El daño punitivo participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores en los que se condena en calidad de daños y perjuicios y se encuentra destinada, en nuestra regulación, en principio, al propio damnificado. Esta pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños y también, al castigo y al desbaratamiento, a futuro, de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados.

29.-El instituto del daño punitivo cumple una tríada de funciones, a saber: a) sancionar al causante de un daño inadmisibles; b) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa; y c) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos

lesivos similares, al que mereciera la punición.

30.-El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor establece que al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Se dispone también que cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley

31.-Si bien para la procedencia del daño punitivo la literalidad de la norma solo parecería exigir el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales, y así ha sido entendido en algunos precedentes que estiman que lo único que se requiere es la existencia de dicho incumplimiento, lo cierto es que tal postura no puede ser compartida, a poco que se repare en que tan ligera apreciación resulta contraria a la propia esencia del instituto que se recoge y debe entenderse que deviene contraria al espíritu de la norma.

32.-El consenso dominante sobre el daño punitivo, tanto en el derecho comparado como en nuestra doctrina, es que las indemnizaciones o daños punitivos, únicamente proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o, por la obtención de enriquecimientos derivados del ilícito o, en ciertos casos, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva.

33.-El resarcimiento por daño punitivo no resultaría aplicable en cuestiones vinculadas con incumplimientos contractuales, aunque, en general, se admite su procedencia excepcional cuando la conducta de la parte que provoca la ruptura contractual va más allá y es acompañada por otro agravio moral.

34.-No procede la aplicación del daño punitivo cuando, si bien existió un incumplimiento de parte de la accionada, no se advierte que ésta hubiera actuado con dolo o culpa grave, ni tampoco fue acreditado que la conducta incumplidora de la demandada fuese generalizada y/o reiterativa, ni se aprecia que aquella tuviera la intención de enriquecerse indebidamente.

35.-En nuestro sistema procesal, los gastos del juicio deben ser satisfechos -como reglar por la parte que ha resultado vencida en aquél y ello es así, en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del vencimiento (arts. 68 , 69 y 558 CPCCN.) y se imponen, no como una sanción, sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido.

36.-Si bien la regla general es que las costas del proceso se imponen a la parte vencida, la ley también faculta al Juez a eximirla, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito para ello (arts. 68 y ss), sin embargo, la imposición de las costas en el orden causado o su eximición -en su caso- sólo procede en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación requiere un apartamiento de la regla general. N.R.: Sumarios elaborados por Ricardo A. Nissen.

En Buenos Aires, a los 7 días del mes de mayo de dos mil veinticinco, se reúnen los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, con la asistencia del Señor Prosecretario "Ad-Hoc", para entender en los autos caratulados "GOMEZ DIEGO AGUSTIN C/ UNITED AIRLINES INC. Y OTRO S/ ORDINARIO"(Expediente N° 28429/2019), originarios del Juzgado del Fuero N° 9, Secretaría N° 18, en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado

de acuerdo con lo establecido por el art. 268 del CPCCN, resultó que los Sres. Jueces de esta Sala deben votar en el siguiente orden: Vocalía N° 1, Vocalía N° 3 y Vocalía N° 2. Sólo intervienen en este Acuerdo el Dr. Héctor Osvaldo Chómer (Vocalía N° 1) y el Dr. Alfredo Arturo Kölliker Frers (Vocalía N° 2) por hallarse vacante el restante cargo de Juez de esta Sala (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Estudiados los autos se planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, Dr. Héctor Osvaldo Chómer dijo:

I. Los hechos del caso.

1.) Diego Agustín Gómez inició demanda en fecha 31/10/19 contra United Airlines INC. y Buen Volar S.A., a fin de que se las condene a activar cierta reserva que fuera cancelada unilateral y arbitrariamente para un viaje de ida y vuelta de Santiago de Chile a Sídney, Australia o en su caso al pago del costo promedio de un pasaje en avión por igual trayecto en clase económica, con más un nresarcimiento en concepto de daño moral por \$30.000, daño punitivo y/o lo que "en más o en menos" resulte de la prueba a producirse, sus intereses y las costas del proceso.

Previo a adentrarse en el relato de los hechos, planteó la aplicabilidad de la ley 24.240 en virtud de la supletoriedad prevista por el art. 63 de esa normativa y las previsiones del CNCyCN. Destacó que la cuestión en análisis versaba sobre publicidad engañosa, falta de información y trato digno.

Explicó, luego, que en el marco del Travel Sale, acción de marketing organizada anualmente por la nFederación Argentina de Asociaciones de Empresas de Viajes y Turismo con el objeto de ofrecer servicios turísticos a precios promocionales, United Airlines publicó con fecha 26/03/18 en su sitio web nciertos vuelos con origen en Santiago de Chile y destino Sídney por un precio aproximado de \$4.000 y que en forma paralela, distintas agencias de viajes y empresas suscriptas al Travel Sale publicaron los referidos vuelos a precios similares.

Frente a ello, sostuvo haber adquirido a través del sitio web de la agencia Travelgenio dos pasajes a nombre de Diego Agustín Gómez y Natalia Aldana Puricelli para volar por United Airlines en enero 2019 desde Santiago de Chile a Sídney, los cuales abonó con tarjeta de crédito visa por un total de \$8.008,74, habiéndose emitido los tickets Nro. 016-5332008961, 0165332008962, 0165332008963 y 0165332008964 bajo código de reserva Nro. OTXM71.

Expuso que, no obstante, con fecha 29/03/18, recibió una comunicación de Travelgenio por medio de la cual le informaban que la aerolínea había decidido de manera unilateral cancelar la reserva realizada npor haber existido un error en la oferta de tarifas para los vuelos y ofrecía el reembolso de la totalidad de las sumas abonadas.

Recordó que la codemandada United Airlines emitió un comunicado en el que daba cuenta que las tarifas promocionales fueron efectivamente publicadas por la empresa, quien aceptó responsabilidad por haberlas divulgado de manera errónea, disponiendo la cancelación y el reembolso del dinero, aunque sin especificar plazos ni alternativa de viaje.

Refirió que los vuelos ofertados incluían ciertos factores de dificultosa logística e incomodidad debida a que duraban 45hs. por incluir diversas escalas de unas 15hs., además de que los pasajeros debían trasladarse por sus propios medios a Santiago de Chile y contar con visa para ingresar a Estados nUnidos.

Consideró que, entonces, no podía considerarse que el precio resultase irrisorio, teniendo en cuenta el contexto del travel sale. Reclamó, por todo ello, el cumplimiento de la oferta

realizada por medios electrónicos al precio ofertado.

Ofreció prueba.

2.) Buen Volar S.A. compareció en fecha 06/12/19 y opuso excepción de falta de acción y legitimación pasiva con fundamento en que el actor había confundido el servicio brindado por Turismocity con el que puede dar una agencia de publicidad.

Indicó que la plataforma Turismocity operaba como un simple motor de búsqueda online de vuelos y paquetes económicos que permitía a los interesados comparar estadísticamente el precio de las distintas agencias de turismo en el mercado y contactarse directamente con ellas a través del link de enlace correspondiente.

Especificó que son las agencias de turismo las que operaban directamente con las líneas aéreas, cobrando una comisión por el servicio de venta brindado.

Indicó que al ingresar al sitio web el usuario podía completar sus datos y parámetros de búsqueda que le interesaban a fin de recibir promociones futuras o bien prescindir de dicho servicio y continuar navegando en el sitio. Manifestó que el actor y la agencia se vincularon de manera independiente y por fuera de la plataforma digital de Turismocity, la cual mantenía una posición neutral con respecto a las operaciones concretadas entre las partes y de ningún modo actuaba como una agencia de publicidad.

Consideró, por ello, que no resultaba aplicable la responsabilidad solidaria prevista en el art.40 de la ley 24.240 y, a todo evento, aseguró haber obrado de manera diligente, al haber advertido vía mail a sus usuarios la situación informada por United Airlines que era de público conocimiento.

Destacó que el propio Gómez manifestó haber adquirido los pasajes por intermedio de la agencia Travelgenio y que con posterioridad a ello la aerolínea habría emitido un comunicado en el que asumía su responsabilidad en los hechos.

Aseveró que, en base a lo expuesto, no resultaba responsable por los hechos reclamados, por lo que requirió la desestimación de la demanda y la aplicación de la multa por temeridad y malicia contemplada en el Cpr. 45. Para finalizar, impugnó la totalidad de los rubros reclamados y ofreció prueba.

3.) United Airlines INC. contestó demanda en fecha 09/12/19, solicitando su rechazo, con costas. Explicó primeramente que su compañía, de origen estadounidense, se dedicaba al traslado de pasajeros y que, al igual que muchas compañías de aeronavegación comercial, los analistas de precios gestionaban las tarifas para las distintas rutas y luego las publican a través de múltiples canales, utilizando el sistema de proveedores llamado "Sabre Air Price" (SABRE).

Respecto al puntual reclamo de autos, señaló que con fecha 26/03/18 un analista de precios de su empresa buscó igualar la tarifa publicada por la aerolínea Qantas para la ruta SCL-SYD que era US\$1.175 a US\$5.581 -equivalente a \$23.617 y \$112.178- pero que al cargar la tarifa al SABRE en lugar de utilizar la moneda dólar estadounidense se empleó peso chileno y de esa manera, en razón al tipo de cambio vigente entre ambas monedas (US\$1 =CH\$ 600) una tarifa que debió figurar como US\$3.600, apareció publicada a US\$6 más impuestos y tasas, al convertirse los CH\$3.600 a dólares estadounidense.

Sostuvo que las tarifas erróneas resultaron un 99,8% inferior a la tarifa promedio de ida y vuelta cobrada históricamente para la misma ruta por su parte y otras tantas aerolíneas y no llegaron a superar los U\$S10 -equivalentes a \$204,50 por un itinerario de vuelo de 21.320 km, suma que ni siquiera alcanzaba para solventar el recorrido de un micro de larga distancia entre Buenos Aires y Rosario.

Destacó que el error fue advertido a los 45 minutos y corregido a las 2 horas y que no pudo esperarse una solución en un tiempo menor dada la escala global de la operatoria que, además, era realizada en forma online.

Manifestó que la noticia del irreal e irrisorio precio fue rápidamente circulada a través de las redes sociales, motores de búsqueda y otros medios de comunicación, de manera que gran cantidad de gente logró solicitar la reserva de un pasaje, pero al tratarse de un claro y evidente error que no debería generarle una obligación de cumplimiento procedió a cancelar la totalidad de las reservas y restituir los montos abonados.

Afirmó haber adoptado la totalidad de las medidas que se encontraban a su disposición para mitigar los efectos de la publicación de la tarifa errónea según prácticas regulatorias de su propia autoridad aeronáutica.

Adujo haber informado al DOT la tarifa erróneamente cargada y a la totalidad de los usuarios que adquirieron dichos pasajes mediante el envío de correo electrónico el día 27/03/18 y que por ser claro y evidente el error la casi totalidad de ellos aceptó la cancelación.

Cuestionó el importe reclamado en concepto de daño directo que resultaba de una ecuación realizada sin ningún tipo de fundamento o sustento lógico.

Consideró, además, que no resultan aplicables las normas de la Ley de Defensa del Consumidor en razón de lo dispuesto por el art. 63 del referido ordenamiento y alegó que el actor siempre supo que el precio abonado por la reserva era evidentemente erróneo. Invocó la aplicación de los arts. 6, ap. b), 8 y 13 de la Resolución Nro.1532/1998 del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, en cuanto preveían la facultad de la aerolínea de negar el transporte para los casos en que no se hubiera cobrado la tarifa aplicable ni se hubiera abonado la diferencia entre lo realmente pagado y la tarifa real.

Manifestó que la tarifa irreal e inverosímil que Gómez pretendía hacer valer por la reserva realizada no podría constituir una oferta válida en los términos del art.7 LDC ya que, según art. 972 CCCN, una oferta debía consistir en una declaración de voluntad seria, lo cual no se configuraba en el caso cuando la irrisoria tarifa exhibida presentaba un descuento del 99,8%, que sólo podría ser considerado como un error manifiesto y evidente en los términos del art. 265 CCCN.

Expuso que lo ocurrido se trató de un error obstativo que consistía en la desarmonía entre la declaración de voluntad y la voluntad misma, en tanto no había voluntad de publicar una tarifa muy por debajo de la tarifa real, error que además calificó como esencial y reconocible que, como vicio de la voluntad, tornaba inválida la oferta publicada. Concluyó que no existía en este caso conducta antijurídica de su parte. Insistió en que en supuesto de prosperar la pretensión se estaría convalidando un enriquecimiento sin causa.

Impugnó la totalidad de los daños reclamados y ofreció prueba.

4.) Abierta la causa a prueba, se produjo la que surge de la certificación de fecha 06/06/23. Clausurado el período probatorio, todas las partes ejercieron la facultad prevista por el art. 482 del Código Procesal.

II. La sentencia apelada.

En el fallo apelado -dictado con fecha 10/06/24-, la Magistrada de grado resolvió a) hacer lugar parcialmente a la demanda y condenar a United Airlines INC. a abonar al actor la suma a liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia, con más la suma de \$30.000 en concepto de daño moral y sus intereses, imponiendo las costas a la vencida, b) admitir la defensa de falta de legitimación opuesta por Buen Volar y desestimar la acción deducida en su contra, con costas en el orden causado y c) rechazar el acuse de temeridad y malicia introducido por Buen Volar.

Para así decidir, la a quo comenzó señalando que no existía controversia en punto a que el día 26/03/18 Gomez adquirió a través de la agencia Tavelgenio dos pasajes ofrecidos por United Airlines Inc. ida y vuelta desde Santiago de Chile (Chile) hasta Sidney (Australia)

con partida el día 08/01/19 y retorno el día 29/01/19 por la suma total de \$8.008,74 y que la aerolínea emitió los tickets correspondientes bajo Nro. 016-5332008961, 0165332008962, 0165332008963 y 0165332008964.

Agregó que tampoco era materia de discusión que el día 29/03/19 la aerolínea emitió un comunicado informando la cancelación de las reservas y el reembolso de lo abonado debido a un error en la tarifa, extremo cuestionado por el pretensor quien le imputaba a la demandada haber incumplido el contrato y vulnerado las disposiciones contenidas en los arts. 7 y 19 de la Ley de Defensa del Consumidor.

En ese contexto, recordó que United Airlines sostuvo que medió un error de hecho esencial en el precio del servicio, obstativo y además reconocible por el consumidor, que vició su voluntad y tornó inválida la oferta publicada conforme lo previsto por los arts. 265, 266 y 972 del Código Civil y Comercial de la Nación; y que a fin de otorgar andamiaje probatorio a su argumento defensivo, aportó el día 09/12/19 nla declaración jurada de un director ejecutivo de la empresa, prestada ante una notaria en los Estados Unidos de Norteamérica, en relato coincidente con el formulado al contestar la demanda. Indicó la sentenciante que del referido documento se desprendía que el día 26/03/18 uno de sus analistas de precios pretendiendo igualar una oferta de la aerolínea Qantas para la ruta SCL-SYD, cargó importes en el sistema SABRE utilizando una paridad de cambio con una moneda incorrecta, lo que habría derivado en la publicación de tarifas entre U\$1,95 y U\$9,26, que resultaban 1/600 más bajas que las que la empresa pretendía ofrecer y a su vez 99,8% inferiores a la tarifa promedio ida y vuelta que esa aerolínea y otras similares habían cobrado históricamente para la ruta en cuestión.

Manifestó que ello aparecía corroborado con el informe elaborado por la empresa AirlineTariff Publishing encargada de la publicación y difusión Company de las tarifas aéreas en el mundo, donde brindó un detalle de las tarifas cobradas usualmente por las aerolíneas para el tramo Santiago-Sidney ida y vuelta y expuso que la más baja para ese recorrido ascendió a U\$654 publicada por Latam el día 30/03/18, que la más económica publicada por la demandada el día 26/03/18 fue de U\$1,94 y que esta tarifa fue ".más de un 99% inferior a la más baja que jamás Unites Airlines Inc.había publicado en el mercado (U\$2.619).".

Destacó que la prueba informativa dirigida a Latam evidenciaba que las tarifas para un viaje Santiago de Chile-Sidney-Santiago de Chile para el día 15/01/19 con vuelta el día 30/01/19 y fecha de emisión el día 26/03/18, oscilaron entre U\$2.019 y U\$8.450 y que, por su parte, Qantas indicó que en marzo de 2018 las tarifas de los billetes de pasajes para cubrir la ruta mencionada oscilaban entre U\$1.250 y U\$20.770 y Despegar.com.ar S.A. informó que para las fechas y ruta de viaje referenciadas se emitieron entre el día 15/11/18 y 19/04/19 cinco compras de pasajes por un precio total de U\$6.293, lo que daba un valor promedio individual de U\$1.258,60.

Estimó que de ello se infería claramente el precio pagado por el demandante por cada pasaje n(\$4.004,37 que según cotización oficial de esa fecha U\$1 = \$20,47 según informe del BCRA del día equivalían 03/11/20 a U\$195,62) fue sustancial y llamativamente inferior a los valores de mercado de esa época, circunstancia que de alguna manera avalaba la postura de la accionada en punto a que la oferta fue publicada con un precio erróneo, con mayor razón si se ponderaba que aquel importe incluía los impuestos y tasas correspondientes, lo que lo alejaba todavía más de los valores informados por las aerolíneas oficiadas.

Entendió la a quo que, sin embargo, no era posible concluir con el mismo grado de certeza que ese precio fuese reconocido por el actor como un error de la oferente, pues si bien resultaba notoriamente inferior al de mercado, no obran en la causa

elementos suficientes que permitan concluir de aquella manera.

Remarcó el hecho de que existía hoy una economía fuertemente competitiva en la que las empresas extremaban sus prácticas comerciales organizando promociones y descuentos cada vez más significativos y sorprendentes, sin escapar a esa tendencia el comercio aéreo de pasajeros.

Precisó que el error se habría generado intentando equiparar una oferta que se encontraba realizando en aquel entonces la aerolínea y no era ajeno al conocimiento del público que las compañías aerocomerciales llevaban adelante estrategias de marketing y campañas publicitarias, llegando a ofrecer sus pasajes a precios ínfimos, procurando incluso competir con las denominadas lowcost.

Concluyó que, en ese contexto, no se podía válidamente descartar que el actor pudiera creer que se encontraba ante una agresiva política de captación de clientes que le brindada una magnífica oportunidad de compra y no como una equivocación de la empresa aérea.

Reparó en que el vuelo presentaba una serie de dificultades, no sólo por su aeropuerto de origen - Santiago de Chile- considerando que el actor tenía domicilio en la Provincia de Buenos Aires, sino por su duración -con salida el día 08/01/19 a las 21:55hs. y llegada el día 11/01/19 a las 15:05hs.-, por lo cual Gomez pudo interpretar que ese precio había sido establecido a fin de fomentar ese particular trayecto.

Ponderó que, además, el día en que el accionante reservó los pasajes transcurría en el país la campaña promocional de venta Travel Sale. Recordó, en efecto, que conforme dispone el art. 265 del Código Civil y Comercial para que el error de hecho esencial cause la nulidad del acto debía ser reconocible npor el destinatario.

Aseveró que a ello se sumaba que en el caso el pasaje fue adquirido con intermediación de Travelgenio, circunstancia que sin duda abonaba la apariencia de corrección del precio. Sostuvo que la participación de la agencia y de una aerolínea de renombre influía en la confianza depositada por el consumidor, generando una válida creencia en punto a la celebración y al cumplimiento del contrato.

Concluyó que mal podría escudarse la demandada en el invocado error para liberarse de la obligación contraída ya que como sucedía con la publicidad engañosa, se debía prescindir de la intención del proveedor para poner el eje de la cuestión en el hecho de la falsa creencia que pudo válidamente generarse en el consumidor quien sobre la base de una interpretación que no parecía descabellada, pudo inclinarse a una elección económica que de otra manera no hubiera realizado.

Juzgó que, en tanto definida la validez del contrato y estando fuera de controversia que el actor no pudo realizar el viaje adquirido, la demanda debía ser admitida.

Examinó, de seguido, la responsabilidad atribuida a Buen Volar S.A., titular de la plataforma TURISMOCITY, quien sólo tenía por finalidad permitir una búsqueda de vuelos y paquetes y cotejar el precio de las distintas agencias y redirigir al interesado a sus páginas web a través de links de enlace.

Señaló la Magistrada de grado que la codemandada no asumía la calidad de parte en los negocios que eventualmente se celebraban ni era quien generaba el contenido de los respectivos avisos por lo que entendió que dado que no desempeñaba un papel activo y actuaba como mero canal para acercar a proveedores y destinatarios del servicio, no podía imponérsele en su calidad de prestador de servicios de mero almacenamiento (hosting) una obligación general de supervisar los datos que transmitían o almacenaban. Admitió, por ello, la defensa opuesta ya que no se advertía en el caso conducta antijurídica; ello, con costas en el orden causado por haber sido necesaria la tramitación del juicio para decidir de esta manera.

Respecto a la condena en contra de la aerolínea, expuso que el art.10 bis de la ley 24.240 establecía los distintos mecanismos que tenía el consumidor frente al incumplimiento por parte del proveedor de los términos de la oferta o del contrato, otorgando a su elección, la posibilidad de exigir el cumplimiento forzado -siempre que fuere posible-, el reemplazo del producto por otro equivalente o la resolución del contrato.

Sostuvo que en tanto las fechas previstas para el viaje ya habían transcurrido-08/01/19 a 29/01/19-, procedía acceder a la pretensión subsidiaria consistente en el pago de la suma de dinero necesaria para adquirir de la accionada dos pasajes de similares características a los que originaron este juicio (temporada, aeropuerto de partida, escalas, duración del vuelo, destino, etc), difiriendo su cuantificación para la etapa de ejecución de sentencia en los términos del art. 165 del Código Procesal y previó para el caso de incumplimiento de la condena en tiempo oportuno, que el importe resultante devengue intereses hasta el efectivo pago a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días, sin capitalizar.

Reconoció también una indemnización en concepto de daño moral, señalando que la cancelación del contrato de compra ofrecido en publicidad y aceptado vía web debió generar en el actor un padecimiento espiritual suficiente como para admitir este resarcimiento, el cual estableció en la suma pretendida de \$30.000, con más los intereses desde la fecha de notificación de la demanda y hasta el efectivo pago a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días, sin capitalizar.

Por último, manifestó la a quo que más allá de la responsabilidad que se le atribuye a la demandada, no aparecía evidenciada una conducta particularmente displicente y merecedora de un reproche que justificase la aplicación de la multa civil pretendida, por lo que desestimó el reclamo en concepto de daño punitivo.

III.- Los agravios.

Contra dicho pronunciamiento se alzaron Gómez, Buen Volar y United Airlines, quienes sustentaron sus recursos con las expresiones de agravios de fechas 15/08/24, 23/08/24 y 27/08/24, respectivamente.

Mientras el actor contestó el agravio de Buen Volar en fecha 27/08/24, United Airlines respondió el del accionante en fecha 05/09/24; y Buen Volar hizo lo propio el 23/08/24.

1.) Gómez señaló con respecto a la imposición de costas por su orden relativas a la acción contra Buen Volar, que la sentencia omitió aclarar que su parte cuenta con el beneficio de gratuidad de acuerdo al fallo Hambo. Solicitó, por tal motivo, la aclaración de ese aspecto. Y con respecto al rechazo de su reclamo en concepto de daño punitivo, señaló que éste era un caso de considerable gravedad en el que la actitud de la demandada revelaba una intención gravemente culposa que la hacía merecedora de la imposición de la multa reclamada. Hizo hincapié en el desprecio a la confianza de los consumidores, a quienes les fue cancelado, de modo arbitrario y unilateral, las reservas de manera masiva, por lo que requirió la revocación sobre este aspecto de la sentencia.

2.) Buen Volar, por su parte, cuestionó el fallo por considerar escaso el argumento por el que la sentencia impuso las costas en el orden causado, a pesar de que recibió su defensa de falta de legitimación y rechazó la acción en su contra.

Expuso que el Cpr. 68 establecía que para eximir del pago al vencido, la sentencia debía hacer mérito sobre tal cuestión bajo pena de nulidad, sin embargo, resaltó que no se había expresado los motivos para decidir de tal forma.

3.) United Airlines arguyó, en primer lugar, que la sentencia de grado debió ser desestimada por ser de imposible cumplimiento por cuanto la acción se inició con posterioridad a la fecha de los vuelos adquiridos. Manifestó, en efecto, que el actor inició

la acción cuando ya había transcurrido casi un año desde la fecha de los vuelos, lo que obstaba a que pudiera cumplirse el contrato. Consideró que lo mismo importaba para la pretensión subsidiaria consistente en la adquisición de nuevos pasajes, pues la fecha igualmente ya había acontecido.

Cuestionó el fallo también por haber aplicado la ley de defensa del consumidor, soslayando la aplicación normativa aeronáutica involucrada. Recordó que el propio art. 63 de la LDC establecía la preeminencia de la aeronáutica por sobre aquélla y puntualizó que la Resolución 1532/98, en su art. 6 apartado b) predicaba que "las tarifas aplicables a cualquier tipo de transporte aerocomercial, son aquellas registradas, por o en nombre del transportador, a la autoridad competente, o, si no son publicadas, construidas de acuerdo con las regulaciones del transporte" (sic). Expresó que de acuerdo con tal disposición no podía entenderse que en el caso existiera una tarifa aplicable, ya que no se correspondía con los precios registrados por la autoridad aeronáutica ni fue constituida de acuerdo con su regulación.

Manifestó que el actor no sufrió daño alguno ya que su parte otorgó el reembolso a la agencia el 14/04/18. Expuso que la sentencia omitió ponderar que su conducta fue en línea con lo previsto por el art. 6 y 13 de la Resolución 1532/98.

Aseveró que en tanto la normativa aeronáutica preveía una solución al reclamo, mal podía resolverse con aplicación de la subsidiaria LDC. Calificó de arbitrario el fallo de grado.

Asimismo, criticó la decisión de grado en punto a considerar que el error no pudo ser reconocido por el actor cuando, afirmó, el art. 266 del CCCN determinaba que el error era reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto. Postuló que la norma no exigía la certeza del conocimiento del error, sino que bastaba con la posibilidad de reconocerlo.

Arguyó que la sentencia resultó contradictoria pues reconoció que la tarifa respondía a un error que calificaba como sustancial y llamativamente inferior a los valores de mercado, sin embargo no concluyó que pudiera ser reconocido por el actor.

Remarcó que el accionante pudo cotejar los valores de los pasajes de las diferentes aerolíneas y el detalle de los impuestos, tasas y cargos, lo que implicaba que aquél pudo percibir las diferencias exorbitantes existentes entre las distintas tarifas ofertadas.

Aun en el contexto del Travel Sale, afirmó que el actor pudo -debió advertir que esa publicación fue consecuencia de un error. Expuso que el actor reconoció en la demanda que había tenido conocimiento que las tarifas aéreas no eran las reales del mercado.

Citó doctrina que juzgaba que el error era reconocible cuando el destinatario lo pudo conocer según la naturaleza del acto, tras lo cual consideró que la sentencia equivocó al exigirle que probara el efectivo conocimiento del error.

Afirmó que nadie podía concluir razonablemente que una tarifa con un 99,80% de descuento fuera válida. Manifestó que tampoco resultaba válido el argumento de que la reserva fue realizada en el marco del Travel Sale, ya que al resultar 99,80% más baja que la tarifa real, evidentemente superaba el descuento máximo de 60% de aquel día, además de que su parte había demostrado que los descuentos eran por viajes domésticos y no internacionales.

Cuestionó también el fallo por entender que su parte comercializaba tickets con precios similares a las aerolíneas lowcost, ya que, a su entender, era de público y notorio que ello no era así, por lo que, insistió, el actor pudo reconocer el error en la tarifa de la reserva. A tales efectos, realizó un análisis de las diferencias existentes entre los servicios ofrecidos por las distintas tipos de aerolíneas, y concluyó que la propia era una aerolínea de primera categoría que brindaba un servicio full service.

Apuntó que la a quo realizó un análisis conjetural al considerar que la compra a través de la intermediación de Travelgenio abonaba la apariencia de corrección en el precio de la operación.

Desconoció las operaciones realizadas por la mencionada agencia, con quien no tiene injerencia sobre su actividad, y destacó que ésta no hacía un análisis previo respecto a las tarifas que ofrece, ya que, afirmó, las agencias las toman de modo automático, sin realizar un control del precio y sin chequear que sean reales y razonables. Puntualizó que todo se hacía de forma digital, automática y sin que existiera intervención humana. Frente a ello, enfatizó que no podría invocarse la publicación como argumento para concluir que una tarifa de \$161,52 por cada pasaje sea real y válida.

Postuló que no efectuó publicidad engañosa y que no tuvo ningún beneficio por la publicación de la tarifa errónea en la que incurrió el emisor de la oferta.

Insistió en que obró con prudencia y al tomar conocimiento del error, adoptó las medidas a su alcance para que los usuarios no sufran perjuicio alguno. En sustento de su recurso, transcribió jurisprudencia en línea con su defensa.

Consideró agravante, además, que la sentencia la condenara a asumir las tasas aeroportuarias, el impuesto PAIS, el impuesto creado por la Resolución General N° 4815/2020. Estimó que la inclusión de tales costos volvía aún más improcedente y arbitrario el pronunciamiento recurrido, desde que los mencionados conceptos estaban a cargo del pasajero, adicionado a que los impuestos y tasas aeroportuarias vigentes a la fecha, resultaban muy superiores a las existentes al momento de la reserva.

Controvirtió la sentencia, además, por haber dispuesto una condena a pagar sumas de dinero sin que ello estuviera previsto en normativa vigente, monto que podría ser utilizado por el actor de cualquier modo, incurriendo en un inadmisibles enriquecimiento sin causa. Adujo que debió, a todo evento, requerir la emisión de nuevos pasajes o que se extiendan vouchers para que puedan ser utilizados para la adquisición de pasajes, y no la condena a pagar en dinero, incrementando, de tal modo, el costo final del boleto.

Prosiguió su crítica alegando que el actor no probó la existencia de daño patrimonial resarcible, pues su parte devolvió las sumas abonadas a la agencia a través de la cual se realizó la reserva. Entendió que existió abuso de derecho del consumidor para obtener un enriquecimiento ilícito de mala fe que no debía ser amparado por la justicia. En igual línea, contravirtió la admisión del daño moral sin que éste estuviera acreditado en la causa. Subrayó el hecho de que Gómez no produjo prueba alguna que demostrara tal padecimiento.

Señaló que la sentencia no analizó correctamente las limitaciones de responsabilidad aplicables a la actividad aeronáutica de modo adecuado. Manifestó que se debía tener especial consideración en el factor económico, ya que la explotación de las aeronaves en tiempos normales no arrojaba márgenes de ganancia amplios, ello sin tener en cuenta la pandemia del Covid 19, de la que la industria sufrió una crisis sin precedentes. Expuso que el Convenio de Montreal resultaba aplicable al presente caso y que lo bque se resuelva en estas actuaciones podía proyectarse en la suerte de 4.000 reservas similares con la tarifa errónea.

Cuestionó, por último, la imposición de costas a su parte, las que en la eventualidad de que fuera confirmada la sentencia de grado, debían ser repartidas en el orden causado, pues, según afirmó, tuvo razones fundadas para creerse con derecho a litigar, sumado a que existieron en la causa vencimientos parciales que justifican la modificación de este aspecto.

IV. La solución propuesta.

1.) El themadecidendum.

Delineados del modo precedentemente expuesto los agravios articulados por los recurrentes, el themadecidendum en esta Alzada se encuentra centrado principalmente en determinar si fue -o no- acertada la decisión de la Señora Juez de grado de admitir parcialmente la pretensión del accionante y condenar a United Airlines a reparar los daños derivados de la cancelación de la reserva de dos pasajes internacionales de avión, o si, por el contrario, corresponde revocar el decisorio de grado como sostiene la aerolínea apelante por cuanto entiende que la cancelación de los pasajes fue dispuesta con motivo de un error obstativo del precio que debió ser reconocido por el actor al momento de la compra por el bajo importe abonado. En caso de considerarlas responsable a United Airlines, se procederá al análisis de los agravios formulados respecto de los rubros indemnizatorios, para finalizar refiriendo al régimen de imposición de costas del proceso, en cuanto fue materia de agravios de la totalidad de las partes.

A tal fin, deberá determinarse el marco normativo aplicable al caso de autos y, principalmente, si resulta aplicable la Ley de Defensa del Consumidor en el caso.

Ha de comenzarse pues, por el estudio de la primera de las cuestiones planteadas, vinculada al derecho aplicable.

2.) Aclaración preliminar.

Recuérdese que el juez no tiene la obligación de ponderar todas las pruebas colectadas en la causa, sino sólo aquellas que juzgue, según su criterio, pertinente y conducentes para resolver el caso (fallos 274:113; 280:320; entre otros).

Asimismo, tampoco tiene el deber de tratar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que estimen que posean relevancia para sustentar sus conclusiones -fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 308:2172; 310:267- (CNCom., Sala A, "José Lozano S.A. c/ Banco Río de la Plata S.A. s/ ordinario" del 21/11/00).

3.) Normas aplicables al sub lite. El contrato de transporte aéreo. La aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a los contratos de transporte internacional.

3.1. Sobre estas cuestiones, es de destacar lo expuesto por la Dra. María Elsa Uzal en la sentencia dictada en las actuaciones "Helbardt, Ana Karina y Otros c/ Despegar.com.ar SA y Otro s/ Ordinario", del 01.09.23.

Allí ha sido apuntado cuanto sigue que, tal como sostiene Rodríguez Jurado, "el contrato de transporte aéreo es aquél por el cual una persona se compromete a transportar por vía aérea, de un lugar a otro, a otra persona y su equipaje o mercancías" (cfr. Rodríguez Jurado, Agustín, "Dificultades para la internacionalización de los transportes aéreos y conveniencia de estrechar la cooperación empresaria tendiendo al intercambio de aeronaves", Revista Brasileira de Direito Aeronáutico, 1966, N° 63, pág. 225).

Tal conceptualización permite detectar rápidamente los elementos fundamentales que integran esta noción. El primero y más característico es la prestación del transportista, quien, para que exista contrato de transporte, debe imprescindiblemente obligarse a trasladar personas o cosas de un lugar a otro (cfr. Videla Escalada, Federico N., "Derecho Aeronáutico", T° III, ob. cit., pág. 337).

A su vez, existe como contrapartida, una obligación recíproca del otro contratante, cual es, el compromiso de pagar un precio por el traslado.

Quizás, convenga recordar que la gran mayoría de los contratos de transporte aéreo se celebran por adhesión, lo cual es particularmente relevante en las líneas regulares internacionales, que se ajustan a las condiciones generales elaboradas por IATA, sin embargo, ello no suele afectar en absoluto la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad ni, por lo tanto, la libertad contractual de las partes, sino que sujeta la formulación del consentimiento a un proceso especial, utilizado en vastos sectores de la

actividad negocial contemporánea, que está sometida a una regulación propia tendiente a evitar que el mayor poder de negociación de una de las partes pueda dejar a la otra en tal situación de inferioridad, que comprometa la vigencia de los principios fundamentales del derecho de los contratos (cfr. Videla Escalada, Federico N., "Derecho Aeronáutico", T° III, ob. cit., págs.337/338).

A los dos elementos fundamentales enunciados, que coinciden con otros tantos del contrato de transporte en general, deben agregarse los específicos de la especie que analizamos, es decir, que el traslado convenido debe efectuarse en aeronave y por vía aérea, entre el punto de partida y destino de la operación.

Sostiene Videla Escalada que existe un contrato único, con un solo lugar de celebración, del cual nace a cargo de ambas partes un conjunto de obligaciones.

Entre éstas, las del transportista, quien debe efectuar el traslado, en los respectivos lugares de cumplimiento, pero siempre sobre la base de una sola fuente, el contrato de transporte aéreo celebrado inicialmente (cfr. Videla Escalada, Federico N., "Derecho Aeronáutico", T° III, ob. cit., pág. 339).

Este contrato es consensual, bilateral, oneroso, formal y comercial y, por su esencia jurídica, se trata de un contrato típico nominado, que aparece como una variedad de la locación de obra, en que el locador es el transportista y el opus consiste en el traslado a destino de las personas o cosas transportadas, resultado que tiene como contraprestación el pago del precio por el otro contratante y que provee a la figura de su elemento más definitorio. Cuenta con una estructura legal ordenada, para el ámbito internacional, por el Convenio de Varsovia de 1929, los Protocolos de la Haya y de Montreal, vigentes entre los Estados involucrados.

Es importante esta caracterización, aceptada por la mayoría de la doctrina, por cuanto sirve para poner de relieve que los efectos propios del contrato son obligaciones de resultado (véase: Videla Escalada, Federico N., "Derecho Aeronáutico", T° III, ob. cit., págs. 345/346), excepto en caso de retraso en donde la obligación asumida se considera de medio, atento a la causal de exoneración total considerada válida para este supuesto, esto es, la prueba de la debida diligencia (véase:Capaldo, Griselda D., "Contrato de transporte aéreo de pasajeros y equipajes (o el nihil novum sub sole del Convenio de Montreal de 1999", *El Derecho*, Tomo 193, 792, 2001).

Cabe destacar, en este contexto, que el transportador o porteador es el sujeto activo en la ejecución del contrato y de quien se puede decir, como nota distintiva, que es quien contrae la obligación de trasladar a las personas o a las cosas, lo cual implica admitir que tiene ese papel quien contrata el transporte, más bien que quien lo lleva a cabo, dicho esto sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad de los transportadores no contractuales por el Convenio de Guadalajara y las leyes inspiradas en sus disposiciones. Debe repararse en que el transportista no necesita forzosamente comprometerse a llevar a cabo el transporte por sus propios medios, sino que es suficiente la asunción de la obligación de proveerlo o hacerlo proveer por otra persona idónea para tal fin (cfr. Videla Escalada, Federico N., "Derecho Aeronáutico", T° III, ob. cit., págs. 347/9).

En lo que aquí interesa, debe destacarse que el Convenio de Varsovia es una convención internacional que regula el tráfico aéreo, suscripta en Varsovia en 1929 y modificada en 1955 en La Haya y en 1975 en Montreal. En particular, La Convención de Varsovia ordena a las compañías emitir tickets para los pasajeros y resguardos de equipaje para el equipaje facturado, limitando también la responsabilidad de las compañías por daños personales. Después de 1999, la Convención de Montreal o Convenio de Montreal -marco normativo aplicable en la especie por hallarse el caso de marras dentro de su ámbito de aplicación conforme incisos 1 y 2 del art. 1°-, ha sustituido ampliamente a la Convención

de Varsovia.

En su art. 19, la Convención de Varsovia establecía que "el porteador es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de viajeros, mercancías o equipajes". Por su parte, el inciso 1° del art.20 contemplaba la eximición de responsabilidad del porteador "si prueba que él y sus comisionados han tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas", mientras que el art. 22 limitaba a ciento veinticinco mil francos la responsabilidad del porteador, con relación a cada viajero en el transporte de personas.

Como se anticipó, en mayo de 1999, la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) adoptó el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional (Convenio de Montreal), con el objeto de regular la responsabilidad contractual del transportista aéreo con respecto al pasajero y al expedidor de cargas.

El Convenio de Montreal entró en vigencia el 04.11.2003 y reemplazó, para los Estados parte, al de nominado "Sistema de Varsovia", imponiendo también en cabeza del transportista la responsabilidad por daños ocasionados por retrasos en el transporte aéreo de pasajeros, equipaje o carga (art. 19). Ello, cuando no demuestre que él y sus dependientes o agentes hayan adoptado todas las medidas razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible, a uno y otros, adoptar dichas medidas.

De su lado, el art. 20 contempla la exoneración total o parcial del transportista, si aquél "prueba que la negligencia u otra acción indebida de la persona que pide la indemnización, o la persona de la que proviene su derecho, causó el daño o contribuyó a él."

3.2. Alcance y aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC).

En su memorial, la recurrente United Airlines se agravió porque la Magistrada de grado consideró aplicable al caso de autos la Ley de Defensa del Consumidor (LDC).

Sobre el punto, resulta necesario efectuar una adecuada interpretación normativa, según las cuestiones involucradas.

En este sentido, ya se ha señalado que resulta de aplicación al caso el Convenio de Montreal de 1999 que es la fuente internacional que por aplicación del principio de prelación de fuentes, se aplica por sobre las normas de fuente interna que regulan la materia -Código Aeronáutico y demás leyes nacionales- (cfr. art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, en vigor en nuestro país desde 1980 -ley 19.865-, art. 75 inc. 22 Constitución Nacional y art. 2594 del CCCN)-; y, por ende, ley especial en relación a la materia de que se trata.

Por otro lado, se ha sostenido que la Ley N° 24.240 (B.O. 15.10.1993), conocida como "Ley de Defensa del Consumidor" (LDC), es una ley general, de fuente interna, toda vez que regula, en ese carácter, a todas las relaciones contractuales -con prescindencia de la materia de que se traten- que resulten susceptibles de encuadramiento dentro de las relaciones de consumo como categoría general, en la que se subsumen los contratos como una institución particular (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 18.10.2013, in re: "Espinosa, Marta Roxana c/ HSBC La Buenos Aires Seguros S.A.s/ ordinario").

En este marco, cabe precisar que el Convenio de Montreal de 1999 que regula de manera específica la actividad aeronáutica prevalece sobre las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor que regula, en el ámbito interno, las relaciones de consumo de manera genérica y que, estrictamente, resultarán de aplicación cuando el derecho interno argentino resulte aplicable al caso, según las fuentes de derecho internacional privado que lo rijan.

No obstante ello, cabe señalar que la Ley de Defensa del Consumidor recoge reglas protectorias y correctoras, inspiradas en principios de orden público de nuestro ordenamiento que vienen a integrar el ámbito de la protección del consumidor también

en el ámbito del DIPr. y que, devienen de aplicación al caso véase art. 2600 CCCN y Uzal, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, La Ley, 2016, pág. 562)-.

Es que, el derecho del consumidor atraviesa transversalmente toda la materia del derecho privado y, como surge del art. 42 de la Constitución Nacional, el consumidor y/o usuario es protegido en sus derechos patrimoniales, y la Ley N° 24.240 asume ese enfoque cuando le reconoce una serie de acciones que aquél puede ejercitar a fin de mantener incólumes sus derechos frente al proveedor. La normativa consumerista contiene un esquema de responsabilidad civil propio que prevalece sobre el previsto en el derecho común, aunque no excluye su aplicación y, en diversos aspectos, se complementa con él. En efecto, el estatuto del consumidor es un sistema, en cuanto conforma un todo ordenado e interrelacionado, para la realización de un determinado objeto: la justicia correctiva a favor del consumidor (cfr. Nicolau, N., "La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado", en *Trabajos del Centro N° 1*, publicación del Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho, U. N. R., Rosario, 1997, Pág. 79; cfr. Cám. Civ. y Com. Lomas de Zamora, 22.05.2012, in re: "Gómez de Olivares, Jorge Rubén c/ Federación Patronal Seguros S.A.s/ daños y perjuicios").

En ese orden de ideas, de las normas protectoras en materia de defensa del consumidor y de las leyes de defensa de la competencia (leyes N° 22.262 y N° 25.156 de defensa de la competencia, ley N° 22.802 de lealtad comercial, ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor), pueden inferirse los principios generales de orden público que permiten construir las pautas aplicables en las relaciones de consumo que, en esa medida, de corresponder, integrarían el orden aplicable al caso (véase: Uzal, María Elsa, ob. cit., pág. 562).

Con base en lo precedentemente expuesto y toda vez que la accionada meramente invocó la inaplicabilidad de la normativa consumeril, sin denunciar contradicción alguna entre las regulaciones que esa ley prevé y las normas que rigen la actividad aeronáutica, en cuyo caso pudiera considerarse la preeminencia de estas últimas, se impone el rechazo del agravio. Y es que aun cuando la apelante sostuvo que la solución del litigio encuentra reparo en la Resolución 1532/98 del Ministerio de Economía de la Nación, lo cierto es que la mencionada normativa hace específica referencia a "transportes realizados entre el territorio de la República Argentina y el de un estado extranjero" (art.1° del Anexo I) por lo que no resulta aplicable al presente caso por estar aquí involucrados pasajes adquiridos desde Chile a Australia ida y vuelta; todo lo cual, me convence de desestimar el agravio de la aerolínea demandada en cuanto postula la inaplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor a los hechos de marras.

4.) Responsabilidad de la aerolínea por la cancelación de los vuelos contratados.

En primer lugar me referiré al agravio de la aerolínea demandada en punto a que la acción -tendiente a que se active la reserva cancelada desde Santiago de Chile a Sidney, ida y vuelta- debió ser rechazada en tanto resultaba de imposible cumplimiento pues fue interpuesta más de un año después de las fechas de los vuelos adquiridos por el accionante.

Conforme los términos de la demanda, es posible extraer que el reclamo del actor se circunscribió a la activación de la reserva cancelada unilateral y arbitrariamente desde Santiago de Chile a Sídney,

Australia, ida y vuelta o, en caso de ser materialmente imposible, al pago del costo promedio de un pasaje en avión Santiago-Sídney, ida y vuelta, en la aerolínea United, en clase económica.

De tal encuadre, no se advierte que la acción tuviera por objeto la realización del viaje en las mismas fechas contratadas en la reserva, pues en ningún pasaje de la demanda surge

ello pretendido del modo interpretado por la recurrente.

Tampoco es posible entender que resulte de imposible cumplimiento la condena dispuesta por la a quo, quien acogió la pretensión subsidiaria disponiendo que la demandada abone las sumas necesarias para afrontar el viaje en una fecha posterior.

De tal suerte, el agravio merece ser desestimado, toda vez que no resulta de imposible cumplimiento ni la pretensión interpuesta por el actor, ni tampoco la condena dispuesta por la a quo. Sentado lo anterior, procede ingresar derechamente en la consideración relativa al error en la tarifa de los pasajes.

Se encuentra fuera de discusión, pues las partes no se han agraviado al respecto, que el día 26/03/18 Gomez adquirió a través de la agencia Travelgenio dos pasajes ofrecidos por United Airlines Inc. ida y vuelta desde Santiago de Chile (Chile) hasta Sidney (Australia) con partida el día 08/01/19 y retorno el día 29/01/19 por la suma total de \$8.008,74 y que la aerolínea emitió los tickets correspondientes bajo Nro. 016-5332008961, 0165332008962, 0165332008963 y 0165332008964 y que al día siguiente de la compra la aerolínea emitió un comunicado informando la cancelación de las reservas y el reembolso de lo abonado debido a un evidente error en la tarifa.

Desde tal marco, procede entender que ha existido aceptación válida de la oferta por parte de Gómez, ya que éste expresó su plena conformidad y fue recibida por la oferente (CCyCN 978) y, con tales elementos, quedó perfeccionado el contrato (CCyCN 980), sin que fuera válida la retractación ya que para que ello ocurriera debió dirigirse la comunicación -de la retractación- antes o al mismo tiempo que la oferta (conf.CCyCN 975).

Pese a la fuerza de convicción de tal marco normativo, la demandada sostiene en su recurso que el error en el precio de la tarifa, por su ínfimo monto, pudo ser reconocido por el actor, motivo por el que debía entenderse que concurrió vicio de la voluntad en la adquisición de los tickets aéreos (CCyCN 266).

Sin embargo, este único elemento -el bajo precio en los pasajes- no resulta suficiente para juzgar la reconocibilidad en el error en la oferta, pues, tal como fue fundado por la a quo, los vuelos adquiridos no eran directos, contaban con varias escalas y tenían origen y destino en otros países (Chile y Australia), sumado a que fue adquirido a través de una agencia de viaje, motivo por el que no encuentro irreal que el actor tuviera la convicción de que los precios ofrecidos en descuento eran consecuencia de una oferta de mercado real y válida.

De ese modo, y pese al esfuerzo expositivo de la recurrente en marcar la diferencia de los precios en descuento comparado con los que aquí fueron publicados y adquiridos, lo cierto es que mal puede invocarse que el comprador tuviera conocimiento o pudiera reconocer el error del modo exigido por la norma para concluir que concurrió vicio de la voluntad en la compra. No es un dato menor que la adquisición de los pasajes fue realizada en el marco del "Travel Sale" y aunque la demandada argumentó que los tickets tenían un precio sustancial y llamativamente inferior a los descuentos ofrecidos aquel día, no puede perderse de vista que en este particular rubro la variación de precios es constante y amplia. En efecto, fue reconocido por la propia demandada que el error cometido fue consecuencia de querer igualar una oferta de la empresa Qantas para la ruta SCL-SYD, y cargó importes en el sistema utilizando una paridad de cambio con una moneda incorrecta.

Por lo demás, tal como se ha resuelto en un antecedente similar, no es viable exigir al consumidor una conducta más sagaz que la desplegada por la agencia de viajes, dada la experiencia y profesionalidad que es esperable de parte de ésta por su condición de comerciante con especialización en el tema (véase en tal sentido CNCom. Sala E, Castagna Eric Martin C/ United Airlines Inc S/ Ordinario, del 23/05/23).

Frente a ello, no resulta razonable sostener que el consumidor pudo advertir que el bajo precio de los pasajes respondió a un error de la empresa al confundir el tipo de cambio o signo monetario, ergo, no es posible concluir que aconteció el requisito de la reconocibilidad exigido por el CCyCN 266.

Por los motivos expuestos, propongo la desestimación del agravio en lo que respecta a la responsabilidad de United Airlines por incumplimiento contractual, habida cuenta que los elementos incorporados a la causa demuestran que se efectuó una oferta aceptada en la que medió error en el precio sin que pudiera ser reconocible por el adquirente dado el marco en el que se perfeccionó el contrato.

5.) El daño material.

La sentencia de grado accedió a la pretensión subsidiaria consistente en el pago de la suma de dinero necesaria para adquirir de la accionada dos pasajes de similares características a los que originaron este juicio (temporada, aeropuerto de partida, escalas, duración del vuelo, destino, etc), difiriendo su cuantificación para la etapa de ejecución de sentencia en los términos del art.165 del Código Procesal.

Para el caso de incumplimiento de esa condena en tiempo oportuno, determinó la a quo que el importe resultante devengue intereses hasta el efectivo pago, a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días, sin capitalizar.

La aerolínea demandada se agravó pues la mencionada condena incluía las tasas aeroportuarias, el impuesto PAIS, el impuesto creado por la Resolución General N° 4815/2020. Estimó que la inclusión de tales costos volvía improcedente y arbitrario el pronunciamiento recurrido, desde que los mencionados conceptos estaban a cargo del pasajero, adicionado a que los impuestos y tasas aeroportuarias vigentes a la fecha resultaban muy superiores a las existentes al momento de la reserva.

Controvirtió la sentencia, además, por haber dispuesto una condena a pagar sumas de dinero sin que ello estuviera previsto en normativa vigente, monto que podría ser utilizado por el actor de cualquier modo, incurriendo en un inadmisibles enriquecimiento sin causa. Adujo que debió, a todo evento, requerir la emisión de nuevos pasajes o que se extiendan vouchers para que puedan ser utilizados para la adquisición de pasajes, y no la condena a pagar en dinero, incrementando, de tal modo, el costo final del boleto.

En lo tocante a la queja de la demandada respecto de que esta última pretensión no se encontraría tipificada en normativa, debe recordarse que "en los términos del art. 889 y concordantes del Código Civil" (actualmente, CCCN. 955), "si el cumplimiento en especie no fuere ya posible, podrá optarse por reclamar el equivalente dinerario de la prestación" (Picasso - Vázquez Ferreyra, Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada", La Ley, Buenos Aires, 2009, Tomo I, pág. 157; el subrayado me pertenece; CNCom. Sala E, Castagna Eric Martin C/ United Airlines Inc S/ Ordinario, del 23/05/23; y en igual sentido CNCom.Sala D, Budiño Martin Nahuel C/ United Airlines y otro S/ Ordinario, del 20/03/25). Por tal motivo, no resulta exacto que la sentencia no estuviera fundada en normativa vigente, ni tampoco resulta procedente la queja en torno a quitar las tasas e impuestos incluidos, pues éstos son inclusivos a los fines de que la recomposición del daño sea integral (conf. CCyCN 1740).

Propongo, por lo tanto, la confirmación de la condena dispuesta en la anterior instancia.

6.) El resarcimiento por daño moral.

En cuanto a la procedencia de la reparación en concepto de daño moral, tiene dicho la jurisprudencia que el resarcimiento de este tipo de daño en materia contractual -como en principio lo es el de la especie- debe ser apreciado con criterio restrictivo, teniendo en cuenta que no se trata de una reparación automática tendiente a resarcir las desilusiones,

incertidumbres y disgustos que toda inejecución contractual trae aparejados, sino solamente determinados padecimientos espirituales que, de acuerdo con la naturaleza del hecho generador de responsabilidad y circunstancias del caso, así lo hagan menester (art. 522 C.Civ., CNCom., esta Sala A, in re: "González Adolfo Ramón c/ Transporte Metropolitano General Roca S.A. s/ ordinario", 09.11.2006; idem, in re: "Zanetta Víctor c/ Caja Prendaria S.A Argentina de Ahorro para Fines Determinados", 28.12.1981; idem, in re: "Coll Collada Antonio c/ Crespo S.A.", 13.07.1984, idem, in re: "Vanasco Carlos A. c/ Pinet Casa", 28.02.1985; entre otros).

Sentado ello, debe señalarse que para que resulte procedente la reparación moral, es necesario considerar la repercusión que la acción dañosa provoca en la persona afectada. Las molestias, así como los reclamos extrajudiciales o la necesidad de accionar judicialmente para obtener el reconocimiento de su derecho indemnizatorio, no constituyen daño moral: para que así sea, es menester alegar y probar -razonablemente- la modificación disvaliosa del espíritu, de querer o sentir del supuesto damnificado para, así, admitir tal rubro indemnizatorio (conf. esta CNCom., esta Sala A, in re: "Bus Domingo Gabriel c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A.", 16.11.2006; idem, in re: "Valiña, Carlos c/ Mercantil Andina Cía. de Seguros S.A.", 06.12.2007; idem, Sala D, in re: "Sodano de Sacchi c/ Francisco Díaz S.A. s/ sumario", 26.05.1987, entre muchos otros). Es que el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas: entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, aunque no cualquier inquietud o perturbación del ánimo derivados de la privación de bienes materiales son suficientes para justificarlo (conf. esta CNCom., Sala B, in re: "Katsikaris, A. c/ La Inmobiliaria Cía. de Seguros s/ ordinario", 12.08.1986; idem, esta Sala A, in re: "Rearte Fernando Alberto y otro c/ Liderar Compañía General de Seguros S.A. s/ ordinario", 09.10.2013, entre otros).

Desde otro sesgo, tampoco debe existir necesaria vinculación proporcional entre el eventual daño moral y el perjuicio que pudiere afectar la persona de la víctima, pudiendo la indemnización variar en razón de las circunstancias de cada caso (conf. esta CNCom., esta Sala A, in re: "Perman Osvaldo Rubén y otro c/ American Express Argentina S.A. s/ ordinario", 30.06.2011; idem, in re: "Bus Domingo.", 16.11.2006, citado supra; en igual sentido, CNCom., Sala D, in re: "Saigg de Piccione, Betty c/ Rodríguez, Enrique", 28.08.1987). El daño moral existe cuando se lesionan derechos de las personas que son extraños a valores económicos y su reparación tiene un carácter resarcitorio y no, meramente sancionatorio o ejemplar, en tanto de lo que se trata de lograr a través de la indemnización, es una compensación que, en alguna medida, morigere los efectos del agravio moral sufrido (conf. CNCom., esta Sala A, in re: "Bus.", 16.11.2006, citado supra; idem, in re: "Valiña.", 06.12.2007, citado supra; idem, Sala C, in re: "Flehner, Eduardo c/ Optar S.A.", 25.06.1987).

Como consecuencia de lo expresado, la reparación del agravio moral, derivado de la responsabilidad contractual queda librada al arbitrio del juez, quien libremente apreciará su procedencia. Sin embargo, se debe conceder con cierta estrictez y es a cargo de quien lo reclama su prueba concreta.

En esta línea de ideas pues, el peticionante, además de probar la existencia del agravio, debe probar, de alguna manera, su cuantía o, cuanto menos, que se configuran las pautas de valoración necesarias para permitir al juzgador proceder a su determinación. De otra manera, nuevamente, la indemnización podría configurar una confiscación o enriquecimiento sin causa a favor del reclamante (conf. esta CNCom., esta Sala A, in re: "Suez Luis Moisés y otro c/ Cencosud S.A. s/ ordinario", 24.02.2009; idem, in re: "Flores Plata de Cisneros Elida c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. s/

ordinario", 30.12.2010; idem, Sala E, in re: "Piquero, Hugo c/ Banco del Interior y Buenos Aires", 06.09.1988). A diferencia de lo que sucede con otros rubros indemnizatorios, la acreditación del daño moral no requiere, necesariamente, de elementos que objetiven, mediante pericias médicas o psicológicas, la existencia de un perjuicio físico o psiquiátrico (conf. esta CNCom., esta Sala A, in re: "Pérez Ricardo Jorge y otro c/ Banco Bansud S.A.", 04.05.2006), sin embargo, deben existir indicios que funden la pretensión con una vinculación causal suficiente.

En la especie, estas apreciaciones adquieren un particular matiz, en atención a las circunstancias del caso. De ellas se infiere que, razonablemente, medió una afectación a la esfera íntima del accionante como consecuencia del incumplimiento acreditado, al verse imposibilitados de viajar en la fecha pactada, respecto de las cuales es dable suponer habían depositado legítimas expectativas de ilusión y disfrute.

En tal sentido, se ha dicho que en el ámbito de los contratos de servicios turísticos la cuestión espiritual adquiere particular significación pues los incumplimientos en los que pueden incurrir las aerolíneas importan la afeción del interés extrapatrimonial del consumidor connatural con el contrato de viaje.

En efecto, ya sea que el viaje se realice por motivos vacacionales, recreativos, deportivos o culturales, existen en el consumidor expectativas de disfrute, cuya frustración, a causa de las prestaciones incumplidas o defectuosamente cumplidas, deberán ser reparadas en calidad de daño extrapatrimonial (conf. esta CNCom., esta Sala A, in re: "López Raúl y Lucci Norma Liliana c/ Viajes Ati S.A. Empresa de Viajes y Turismo s/ ordinario", 22.05.2008; Frustagli, Sandra, "La Protección del Consumidor de Servicios Turísticos: Publicidad y Responsabilidad de las Agencias de Viajes", publicado en "Derecho Comercial y de las Obligaciones", Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica N° 206 de abril - mayo 2004, Bs. As., 2004, pág. 502). En este marco, no resulta difícil representarse el grado de incertidumbre e impotencia y el sentimiento de frustración que debió provocarle al actor el hecho de haberse anoticiado de la cancelación unilateral de la compra de los pasajes.

Así las cosas, considero que las vicisitudes que debió afrontar el actor como consecuencia del incumplimiento de los deberes a cargo de la parte demandada, debieron ocasionarles una afectación del espíritu suficiente para ser resarcida. Sobre esa base, atendiendo a las circunstancias del caso y la naturaleza de la cuestión involucrada, recurriendo al criterio de estimación prudencial que debe orientar la labor de los magistrados -art.165 CPCCN-, se juzga razonable para enjugar el "daño moral" la suma fijada por la Jueza de primera instancia respecto a este ítem.

7.) La multa fijada en concepto de "daño punitivo".

7.1. Respecto a este ítem, se agravó el actor por cuanto la Sra. Juez a quo consideró que no correspondía aplicar en el sub lite la multa civil prevista por la Ley N° 24.240, por no encontrarse verificadas las circunstancias excepcionales que autorizan a la fijación del daño punitivo pretendido.

7.2. Debe recordarse que el "daño punitivo" es un instituto de sólido predicamento en el derecho anglosajón, donde se lo designa bajo la denominación de "punitive damages" (también, "exemplary damages", "non compensatory damages", "penal damages", "aggravated damages", "additional damages", etc.) y que ha comenzado a proyectarse gradualmente, también dentro del sistema continental europeo, en Canadá y -recientemente- entre nosotros, donde se ha traducido el instituto al español, literalmente como "daños punitivos", aunque comparto que tal denominación resultaría objetable, pues lo que se castiga o sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no, el daño en sí mismo, tal como acota Pizarro (conf. Pizarro, Ramón D.; "Derecho de

Daños"; Ed. La Rocca, Buenos Aires 1993, pág. 291, nota 7).

En algunos de los países anglosajones, se ha interpretado que consiste en una cantidad económica que se impone y debe desembolsar el responsable de un daño, no para compensar al demandante -como víctima del perjuicio sufrido- sino, con la finalidad de impedir y de disuadir al demandado y a otras personas de que realicen actividades tales como las que causaron daños al demandante, constituyendo así una especie de "pena privada" para disuadir a toda la sociedad de la realización de actos particularmente dañinos y graves, como los daños al medio ambiente, a la salud y a la seguridad pública (véase, P. Salvador Cordech; "Punitive Damages", *Indret*, septiembre de 2001; E.D´Alessandro; "Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia", *Rivista di dirittocivile*, 2007, I, pág. 384 y ss; R. Pardolesi; "Dannipunitivi: frustrazione da vorrei, ma non posso?", *Rivista critica del dirittoprivato*, 2007, pág. 341 y ss.). Cabe acotar, que se ha señalado, muchas veces, que las cifras que en los Estados Unidos y en el Reino Unido se conceden como "daños punitivos" alcanzan proporciones muy significativas y que su impacto social es enorme, de ahí que para su reconocimiento internacional, las sentencias con condenas de este tipo hayan sido sometidas a "tests de proporcionalidad" y "tests de vinculación espacial" (véase al respecto: Alfonso Luis Calvo Caravaca - Javier Carrascosa González; "Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado", Ed. Comares, Granada 2008, pág. 68/9).

Entre nosotros el "daño punitivo" ha sido definido como la suma de dinero que los tribunales mandan pagar a las víctimas de ciertos ilícitos, que se agregan a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado y que está destinada a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (conf. Pizarro, Ramón D., "Derecho."; ob. cit., pág. 291).

Dicho instituto, como se ha dicho, participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores en los que se condena en calidad de "daños y perjuicios" y se encuentra destinada, en nuestra regulación, en principio, al propio damnificado. Esta pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños y también, al castigo y al desbaratamiento, a futuro, de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (véase, en esta línea, CACiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 27.05.2009, in re: "Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina").

Así, se ha sostenido que el instituto cumple una tríada de funciones, a saber: a) sancionar al causante de un daño inadmisibles; b) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa; y c) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares, al que mereciera la punición (conf. Trigo Represas, Félix; "La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor", LL, 2010-C, 878).

En el mismo sentido, parcialmente, con otros términos, se ha dicho que la finalidad de los daños punitivos es a) punir graves inconductas; b) prevenir futuras inconductas semejantes ante el temor de la sanción; c) restablecer el equilibrio emocional de la víctima; d) reflejar la desaprobación social frente a graves inconductas; y e) proteger el equilibrio del mercado (conf. Pizarro, Ramón D.; "Derecho ."; ob. supra cit., pág. 302/4).

En la jurisprudencia norteamericana esta figura ha encontrado debido cauce procedimental dentro de las llamadas "classactions", que se han convertido en el ámbito apropiado para el tratamiento de las cuestiones relativas a casos de responsabilidad donde los daños resultan agravados por la proyección social y la magnitud del perjuicio que causan (véase la referencia al litigio del Exxon Valdez en "Manual for Complex Litigation, Third",

Federal Judicial Center, Washington D.C.1995, pág. 325), éste resulta, quizás un quicio más razonable para la eventual indemnización que el destino individual del beneficio, a poco que se reflexione sobre la teleología disuasoria y ejemplificadora que inspira la razón de ser del resarcimiento en cuestión.

7.2.1.Los llamados daños punitivos en nuestra legislación: Ahora bien, los "daños punitivos", hasta no hace mucho tiempo extraños a nuestro derecho, se han convertido en ley positiva en el país a partir de la sanción, en el año 2008, de la Ley 26.361 (modificatoria de la Ley 24.240), mediante dicha normativa se ha incorporado el citado instituto en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

La referida norma establece que al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Se dispone también que "cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley" (conf. Ley 24.240, artículo 52 bis).

Pues bien, efectuadas las precisiones precedentes en punto al instituto en cuestión, cabe determinar cuáles son los presupuestos que deben requerirse como necesarios para autorizar la concesión de una indemnización adicional por dicho concepto.

En ese cometido, debe aclararse, en primer lugar, que si bien para la procedencia del daño punitivo la literalidad de la norma solo parecería exigir el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales, y así ha sido entendido en algunos precedentes que estiman que lo

único que se requiere es la existencia de dicho incumplimiento (conf. CACiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, in re:"Machinandiarena.", supra citado), lo cierto es que tal postura no puede ser compartida, a poco que se repare en que tan ligera apreciación resulta contraria a la propia esencia del instituto que se recoge y debe entenderse que deviene contraria al espíritu de la norma.

Asimismo, cabe señalar que el consenso dominante sobre la materia, tanto en el derecho comparado como en nuestra doctrina, es que las indemnizaciones o daños punitivos, únicamente proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el "dolo o la culpa grave" del sancionado o, por la obtención de enriquecimientos derivados del ilícito o, en ciertos casos, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidenciaría un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (véase: Trigo Represas, Felix; "La responsabilidad.", ob. cit.; Stiglitz Rubén S. - Pizarro Ramón, "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL, 2009-B, 949).

De otro lado, debe destacarse que, en términos generales, cuando los precedentes se refieren a la existencia de "culpa grave", se trata de aquella que constituye una falta grosera, esto es, la que consiste en el hecho de no haber tomado una precaución que todos habrían juzgado necesaria. Este tipo de culpa únicamente se configura cuando media una manifiesta y grave despreocupación, identificándose con la voluntad consciente más que con el simple descuido (conf. esta CNCom., esta Sala A, 06.12.07, in re: "Valiña Carlos c/ Mercantil Andina Cía de Seguros S.A. s/ ordinario").

Esta postura de que el "daño punitivo" no resulta aplicable en cualquier supuesto, también puede ser observada entre los fundamentos esgrimidos durante el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.361, donde se ha expresado que "con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar

que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad" (véase: "Antecedentes Parlamentarios. Ley 26.361. Defensa del Consumidor", Ed.La Ley, Buenos Aires 2008, pág. 369).

En esa misma dirección, se ha sostenido que "resulta contrario a la esencia del daño punitivo y a más de 200 años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales" (conf. Cam. Apel. Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial; 04.06.10, in re: "De la Cruz Mariano Ramón c/ Renault Argentina S.A. y otra"; López Herrera, Edgardo; "Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", JA 2008-II 1201). Para reconocer "daños punitivos" hace falta, se reitera, el elemento n"doloso o la culpa grave".

Por otro lado, nótese que en el derecho anglosajón se ha exigido para que este resarcimiento proceda, un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador y un particular y significativo proceder que es mucho más que una mera negligencia en la comisión del hecho ilícito (tort), en efecto, deben existir circunstancias agravantes relativas a ese obrar que demuestren temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia (conf. Pizarro, Ramón "Derecho ."; ob. cit. supra, pág. 298).

En los precedentes que han gestado esta figura, se ha admitido su procedencia, por ejemplo, cuando ha quedado demostrada la existencia de un cálculo de probabilidades de costo-beneficio de parte del autor del ilícito, en torno a que sería más barato indemnizar a los eventuales damnificados, que los gastos necesarios para corregir el mismo (véase: "Grimshaw vs. Ford Motor Company", 1981, 174 Cal, Rptr 376).

En la jurisprudencia norteamericana, para la aplicación de este tipo de condena en materia de daños causados por productos elaborados se exige para su procedencia que: a) existan fallas acerca de la utilización o riesgos del producto; b) aparezcan fallas de fabricación después de la venta; y/o c) se constaten deficiencias por inadecuados controles de calidad (véase referencia a los fallos "Lipke nvs.Celotex Corp."; "Grimshaw vs. Ford Motor Co." y "Deemer vs. A. Robins Co." en Pizarro Ramón, "Derecho.", ob. supra referida, pág. 326/9).

También se ha señalado como exigencia de su procedencia la "existencia de lesión o daño", incluso se ha dicho que deberían exigirse daños susceptibles de reparación (patrimoniales y/o extrapatrimoniales).

En esta línea, se ha dicho que, en principio, este resarcimiento no resultaría aplicable en cuestiones vinculadas con incumplimientos contractuales, aunque, en general, se admite su procedencia excepcional cuando la conducta de la parte que provoca la ruptura contractual va más allá y es acompañada por otro agravio (conf. Pizarro Ramón; "Derecho.", ob. cit., pág. 301). En nuestro medio, neste ámbito está expresamente previsto en el artículo 52 bis de la ley 24.240.

En conclusión, la finalidad perseguida con este tipo de instituto debe apuntar a sancionar al causante de nun daño inadmisibles, con eventual proyección social y a hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de esa actividad dañosa, con una finalidad ejemplificadora y disuasoria respecto de su reiteración (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 20.12.11, mi voto, in re: "Razzini Diego c/ Ford Argentina S.A. s/ ordinario" -entre otros-).

7.2.2. Procedencia del "daño punitivo" solicitado en el sub examine: nSobre la base de todo lo hasta aquí expresado, debe concluirse pues, en que la mención que realiza el artículo 52 bis de la Ley 24.240 (reforma introducida por el art.25 de la Ley 26.361) relativa a la exigencia del "incumplimiento de una obligación legal o contractual" debe

ser entendida como un condición necesaria, pero no suficiente, para imponer la condena punitiva, debiendo considerarse que la misma es de interpretación restrictiva, resultando procedente, únicamente, frente a la existencia de un grave reproche en el accionar del responsable del daño debiendo haberse verificado que el agente dañador ha actuado con "dolo" o "culpa grave", o con un deliberado designio de anteponer los propios intereses y/o el propio beneficio, manteniéndose indiferente, de modo consciente, frente a los derechos de los clientes o agentes gravemente perjudicados, porque ello, a su vez, le reporta un beneficio mayor que el puntual cumplimiento de sus obligaciones.

Es que, no puede obviarse que la aplicación de la sanción debe presuponer los extremos exigibles de responsabilidad, que apuntan a la clara finalidad de castigar graves inconductas y a prevenir su repetición, a reflejar la desaprobación social frente a esas graves inconductas y proteger el equilibrio del mercado.

El daño punitivo traído a nuestra legislación no puede pues, ser desligado de la necesaria consideración de la naturaleza misma del instituto, dado que es independiente y funcional a la gravedad del hecho, ya que agrava, con todo rigor, la indemnización que ya se haya estimado procedente. Así pues, cabe solo en el debido contexto que justifique concederlo.

7.2.3. Efectuada la conclusión precedente, cabe pasar a analizar si, en la especie, se han verificado las circunstancias excepcionales que autorizan a la fijación del daño punitivo pretendido, esto es, si se ha acreditado la existencia del tipo de conducta que resulta exigible.

En el sub examine, si bien existió un incumplimiento de parte de la accionada, no se advierte que ésta hubiera actuado con dolo o culpa grave. Además, no fue acreditado que la conducta incumplidora de la demandada fuese generalizada y/o reiterativa, ni se aprecia que aquella tuviera la intención de enriquecerse indebidamente. En este marco y en consideración del criterio restrictivo explicado supra, estimo que no corresponde reconocer una indemnización a favor de la actora en concepto de daño punitivo. Por ende, sobre este punto, considero que la sentencia de grado debe ser confirmada.

8.) Las costas.

8.1.) Es de recordar que en nuestro sistema procesal, los gastos del juicio deben ser satisfechos -como regla- por la parte que ha resultado vencida en aquél.

Ello es así, en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558 CPCCN) y se imponen, no como una sanción, sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido.

Si bien ésta es la regla general, la ley también faculta al Juez a eximirla, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito para ello (arts. 68 y ss), sin embargo, la imposición de las costas en el orden causado o su eximición -en su caso- sólo procede en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación requiere un apartamiento de la regla general (cfr. Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T° I, p.491).

Ello sentado, en la especie no se advierte fundamento alguno para apartarse del principio general, en tanto que United Airlines resultó sustancialmente vencida en ambas instancias en lo que respecta al reclamo principal.

8.2.) Alcanzada dicha conclusión, resta referirme a las costas impuestas en el orden causado en relación a la acción desestimada contra Buen Volar.

Mientras el actor indicó que la sentencia omitió aclarar que su parte cuenta con el beneficio de gratuidad de acuerdo al fallo Hambo; Buen Volar, por su parte, cuestionó el

fallo por considerar escaso el argumento por el que la sentencia impuso las costas en el orden causado, a pesar de que receptó su defensa de falta de legitimación y rechazó la acción en su contra.

Anticipo que ninguno de los agravios será admitido.

Sobre el particular cabe recordar que, en atención a las divergencias suscitadas en torno a las interpretaciones elaboradas alrededor del alcance del art. 53 LDC, fue llamado a plenario en los términos del art. 288 y sgtes. del CPCCN, en la causa "Hambo, Débora Raquel c/ CMR Falabella S.A. s/ sumarísimo", donde esta Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en pleno, confecha 21 de diciembre de 2021, dictó fallo plenario fijando como doctrina legal, por mayoría, que: "El 'beneficio de justicia gratuita' que dispone el artículo 53 de la ley N° 24.240, además de los gastos, sellados u otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, exime al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente". Ahora bien, esa doctrina no resulta incompatible con un pronunciamiento condenatorio en materia de costas, ni tampoco es necesaria ni obligatoria su aclaración en la definitiva para que ésta sea aplicada.

La cuestión relativa a si se está o no exento de pagar las costas, en este caso por el beneficio de justicia gratuita, es independiente de la distribución de las costas o, lo que es lo mismo, de la decisión acerca de quién debe soportarlas como consecuencia del resultado del litigio y las restantes circunstancias que contempla el CPCCN en el Libro I, Título II, Capítulo V (arts. 68 a 86, esta CNCom., esta Sala, 25.11.21, mi voto in re: "Saban, Susana Ruth Contra Banco BBVA Argentina S.A. y Otro s/ ordinario").

De ese modo, la decisión adoptada en la sentencia apelada de imponer ciertas costas a cargo de la parte actora en su calidad de parte parcialmente perdedora, no resulta incompatible con aplicabilidad de la doctrina plenaria recién referida.

Y con relación al agravio de la agencia de viaje en cuanto entiende insuficiente el argumento brindado por la a quo, sólo cabe recordar que en el fallo de grado fue puesto de manifiesto que las costas en el orden causado se imponían por haber sido necesaria la tramitación del juicio para decidir de esta manera y poder entonces el actor haber supuesto válidamente que le asistía derecho a demandar como lo hizo.

Ninguna crítica concreta esbozó la recurrente sobre tales argumentos, por lo que la expresión de que la imposición de las costas en el orden causado era insuficiente, no obsta a su fuerza de convicción, si la propia recurrente no presenta una crítica sobre su contenido. Es que aun cuando no se exponga una extensa argumentación, la recurrente debió marcar cuál fue el yerro del fallo para decidir del modo en que lo hizo, siendo insuficiente, justamente, la expresión de insuficiencia exteriorizado.

V. Conclusión.

Por todo lo expuesto propicio al Acuerdo:

(i) desestimar el recurso interpuesto por todas las partes y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada, (ii) imponer las costas de Alzada a la United Airlines por resultar sustancialmente vencida en el proceso (conf. arg. art. 68 del Cpr.) y mantenerlas en el orden causado por la desestimación de la acción contra Buen Volar S.A.

En los términos precedentes dejo expuesto mi voto.

Por análogas razones el Señor Juez de Cámara Doctor Alfredo A. Kölliker Frers adhieren al voto anterior. Con lo que terminó este Acuerdo.

VI. Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se RESUELVE:

(i) desestimar el recurso interpuesto por todas las partes y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada, (ii) imponer las costas de Alzada a la United Airlines por resultar

sustancialmente vencida en el proceso (conf. arg. art. 68 del Cpr.) y mantenerlas en el orden causado por la desestimación de la acción contra Buen Volar S.A.

Notifíquese a la Señora Fiscal General así como a las partes y devuélvase a primera instancia.

Oportunamente, glótese copia certificada de la presente sentencia al libro N° 135 de Acuerdos Comerciales - Sala A.

Sólo intervienen los firmantes por hallarse vacante el restante cargo de Juez de esta Sala (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1° de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará mediante la pertinente notificación al CIJ.

Héctor Osvaldo Chómer

Alfredo A. Kölliker Frers

Pablo Caro

Prosecretario de Cámara "Ad-Hoc"

La incapacidad vital – Comentario a fallo

Vital incapacity – Commentary on the ruling

Jorge A. Venica¹

Aval académico: Florencia Ramos Martínez

RESUMEN:

El presente trabajo ofrece un comentario sobre una sentencia dictada por una de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, en el marco de un reclamo por indemnización de daños derivados de un accidente de tránsito. En dicha causa el tribunal debía determinar si correspondía confirmar o, por el contrario, revocar la decisión de primera instancia, la cual había hecho lugar íntegramente a la demanda y condenado a la parte demandada y a la citada en garantía al pago de diversos rubros indemnizatorios, entre ellos, el referido a la “disminución de la capacidad vital” de la actora damnificada. El análisis se centra específicamente en este último aspecto, por considerar que ofrece una valiosa oportunidad para revisar conceptos relevantes del derecho de daños y reexaminar los criterios elaborados en torno a este tipo de reparación. Asimismo, el caso invita a rememorar los fundamentos y lineamientos expuestos en el reconocido precedente “Dutto”, que en su momento y hace ya varios años atrás contribuyó a unificar la doctrina judicial sobre la materia.

ABSTRACT

This paper presents a commentary on a judgment delivered by one of the Courts of Appeal of the city of Córdoba, in the context of a claim for damages arising from a traffic accident. In this case, the court was called upon to determine whether to uphold or, on the contrary, to overturn the first-instance decision, which had fully admitted the claim and ordered the defendant and the insurer joined to the proceedings to pay various heads of damages, including compensation for the “loss of vital capacity” suffered by the claimant. The analysis focuses specifically on this latter aspect, as it provides a valuable opportunity to revisit key concepts in the field of tort law and to re-examine the criteria developed regarding this type of compensation. Furthermore, the case brings to mind the reasoning and principles set forth in the well-known “Dutto” precedent, which—some years ago—played a significant role in unifying judicial doctrine on the matter.

¹ Jorge A. Venica. Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Adscripto de Derecho Privado VII (Daños) de la Facultad de Derecho (UNC). Diplomado en Derecho de Daños (Colegio de Abogados de Córdoba).

PALABRAS CLAVE: Incapacidad sobreviniente. Incapacidad vital. Daños a las personas. Resarcimientos. Individualización del daño. Indemnización. Recurso de apelación. Cámara de Apelaciones. Recurso de Casación. Tribunal Superior de Justicia.

KEYWORDS: Supervening incapacity. Vital incapacity. Personal injuries. Compensation for damages. Damage assessment. Indemnification. Appeal. Court of Appeals. Cassation appeal. Supreme Court of Justice.

I. El caso objeto de análisis

En oportunidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada y la citada en garantía contra la sentencia dictada por el Juzgado de 24° Nominación, la Cámara en lo Civil y Comercial de 1ra Nominación de Córdoba, vuelve a tratar un tema que resulta de gran relevancia no sólo a los fines prácticos, sino, además, de notable valor teórico. Es que, al abordar las indemnizaciones tendientes a reparar los daños derivados de incapacidades permanentes, las cuestiones conceptuales y las precisiones que estas exigen no pierden protagonismo, y ello convoca a los operadores y magistrados a realizar una tarea de apreciación y fundamentación por demás pormenorizada y técnica.

En primera instancia, la actora damnificada inició demanda persiguiendo el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a raíz de un accidente de tránsito ocurrido el día 05/12/2019. En oportunidad en el que se encontraba conduciendo su vehículo fue embestida desde atrás por el vehículo conducido por la demandada, y tras el cual manifestó sufrir algunos daños.

Reclamó con motivo de ello la suma de \$ 409.449,02 por incapacidad sobreviniente y disminución de la capacidad vital calculado en un 1% (según baremo Altube-Rinaldi); \$ 100.000,00 por daño moral; \$ 423.543,00 por daño material; y \$ 221.000,00 por disminución del valor venal del vehículo. Es decir, fueron estos los distintos rubros indemnizatorios en los que la actora fijó su pretensión.

Luego del contradictorio procesal, y de tener por reconocido tanto el hecho, así como la intervención activa del vehículo de la demandada, que circulaba por detrás de la actora en su misma dirección, ocasión en la que la embistió; la magistrada de primera instancia determinó la responsabilidad en cabeza de la accionada y como consecuencia de ello, hizo lugar a la demanda y la condenó abonar a la actora la suma de \$ 4.774.297,98 con más intereses, comprensiva de \$ 239.854,98 (disminución de la capacidad vital); \$ 100.000,00 (daño moral), \$ 4.048.323 (reparación del vehículo), y \$ 386.120,00 (desvalorización venal).

También condenó a la demandada al pago de las costas por resultar vencida e hizo extensiva la condena a la citada en garantía Liderar Compañía de Seguros Generales S.A., en los límites del seguro contratado.

Contra la Sentencia N.º 201 dictada con fecha 11/12/2024, interpusieron apelación la accionada vencida y la citada en garantía mediante su apoderado, a los fines de solicitar que la resolución sea revocada en tres aspectos.

En su primer agravio las apelantes, por intermedio de su apoderado, atacaron la condena por incapacidad vital del 1% sufrida por la actora con motivo del accidente que

les fue aplicada, ya que según sostuvieron, de ser analizada correctamente la pericia, la conclusión es que la misma carecía de convicción suficiente para establecer el porcentaje de incapacidad que asigna. Expresó que "...ningún método de diagnóstico solicitó ni evaluó, sino que se basó sólo en el relato de la actora, un examen clínico de una persona que padece Parkinson."² Es decir, las apelantes restaron valor probatorio al dictamen y también a la declaración del único testigo.

En esa oportunidad, también planteó "cómo es posible entonces arribar a la conclusión de que la actora se vea disminuida en su capacidad vital referida a todos los actos de su vida de relación, y en su autorrealización e independencia."³

En el segundo agravio, solicitó que, a consecuencia de revocarse la sentencia en cuanto condena a sus mandantes a indemnizar una disminución de la capacidad vital, que según los apelantes no había sido demostrada, debía también caer la condena por daño moral atento a no constar ningún elemento de prueba que indicara padecimientos, pesares, angustias, atención médica, historia clínica de asistencia, y/o los demás elementos configurativos del daño que se pretende. Por último, expresaron agravio sobre la disminución del valor venal del vehículo de la actora, tema que no recibirá análisis en la presente nota.

Luego de declarar procedente el recurso y de analizar los agravios, la Cámara con votos de ambos vocales en igual sentido, resolvió con fecha 19/06/2025 que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación planteado, admitir el primer agravio revocando la sentencia de primera instancia en cuanto hizo lugar a la indemnización por disminución de capacidad vital; y rechazó el segundo y tercer agravio confirmando la decisión del a-quo.⁴

Sobre lo resuelto al momento de hacer lugar al primer agravio, es decir, al revocar el rubro "disminución de la capacidad vital", colocaremos nuestra atención y vamos a ingresar al estudio de qué se entiende por esta incapacidad y, cuáles son los distintos matices que involucra tanto desde la doctrina más afianzada y especializada, como desde la jurisprudencia local, trayendo a colación un antecedente clave del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en "Dutto, Aldo Secundino c/ América, Yolanda Carranza y otro - Ordinario - Recurso de Casación"⁵, del 25/06/2008, citado en la sentencia de primera instancia.

Previo a desarrollar el tema, debemos hacer la siguiente precisión. Si bien la indemnización fue reclamada a título de "incapacidad sobreviniente y disminución de la capacidad vital", lo que originariamente solicitó la actora y sobre lo que centraron su análisis los magistrados de primera y segunda instancia, es lo que se conoce comúnmente como "incapacidad vital". A lo largo de este trabajo se darán las razones de ello acompañadas de las precisiones conceptuales que el tema requiere.

2 Cámara Civil y Comercial de 1ºNom. (2025) Fallo "SCHULTHESS, LEONOR C/ SEGUÍ, CARINA INÉS - ABREVIADO - DAÑOS Y PERJUICIOS - ACCIDENTES DE TRANSITO - TRAM.ORAL - Expte. N° 11462252", Córdoba, p. 4/23

3 Cámara Civil y Comercial de 1ºNom. (2025) Fallo Cit. (n. 2), p. 4/23

4 Cámara Civil y Comercial de 1ºNom. (2025) Fallo Cit. (n. 2), p. 22/23

5 TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA, 25/06/2008 - "Dutto, Aldo Secundino c/ América, Yolanda Carranza y otro - Ordinario - Recurso de Casación". Disponible en: <https://www.sajj.gob.ar/tribunal-superior-justicia-local-cordoba-dutto-aldo-secundino-america-yolanda-carranza-otro-fa08999224-2008-06-25/123456789-422-9998-0ots-eupmocsollaf>

II. La evolución de la indemnización por incapacidad vital

Para Zavala de González, jurista que dedicó mucho de su obra en tratar el tema de los daños a las personas, a grandes rasgos, “la incapacidad es la inhabilidad o impedimento o bien la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales”⁶. La incapacidad “entraña la pérdida o la aminoración de potencialidades de que gozaba el afectado, teniendo en cuenta de modo predominante sus condiciones personales.”⁷

Nos aventuramos a decir que podemos considerar a la incapacidad en un sentido amplio como un fenómeno físico que repercute directa y negativamente sobre un aspecto esencial de la personalidad humana, la que implica la aptitud para desenvolverse autónomamente en su relación con el mundo exterior escindido de su propia realidad existencial y, la limita funcionalmente de una manera tal que ya no es, ni será, la misma que la que pudo haber alcanzado u obtenido en su normal desarrollo social, laboral y productivo. A partir de allí se dan las distintas tipologías que no vienen al caso ya que no son *thema decidendum* del fallo, salvo el de la incapacidad vital.

Ya nos enseñaba Zavala de González que, dentro de la incapacidad, tenemos la *laborativa* y la *vital*. En la primera hipótesis se computarían las potencialidades productivas del sujeto, o lo que es lo mismo, la dimensión económica o material de su existencia. En cambio, dentro de lo que se conoce como incapacidad vital, esta abarcaría de una manera más amplia, las “*integrales proyecciones de la persona en lo individual y en lo social (vida de relación)*”.⁸

Estas formulaciones previas a la sanción del Código Civil y Comercial del año 2015, fueron los aportes doctrinarios que el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (en adelante TSJ) tuvo en cuenta cuando trató el tema en “Dutto, Aldo Secundino c/ América, Yolanda Carranza y otro – Ordinario – Recurso de Casación”, del 25/06/2008, precedente que fue invocado en esta oportunidad por la Cámara en “Schulthess” para intentar justificar el tipo de partida indemnizatoria que reclamó la actora en su demanda.

En “Dutto”, el máximo tribunal cordobés evaluó el rubro indemnizatorio solicitado por el actor, que vale la pena aclarar, en un principio fue reclamado a título de “incapacidad laboral sobreviniente”, siendo una persona jubilada, de 65 años de edad al momento del accidente, que percibía una jubilación y que a su vez realizaba tareas de cobranza para distintos comercios por los que obtenía un “ingreso extra, aparte del haber jubilatorio...”⁹

En aquel decisorio, para el voto mayoritario de la Sala en lo civil y Comercial del TSJ, el hecho de ser una persona jubilada y que percibía haber jubilatorio, “no constituyen obstáculo para la indemnización por incapacidad toda vez que ni la jubilación ni la edad avanzada constituyen per se el cese automático de la productividad de un sujeto, de modo que nada dicen respecto del tópicus en análisis.”¹⁰

Por aquel entonces, el TSJ hizo una salvedad; el hecho de que el actor haya reclamado una indemnización que, leído el planteo de manera rigurosa, implicaba un daño patrimonial

6 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1990a) “Resarcimiento de Daños – Daños a las personas [Integridad sicofísica]” – Hammurabi, 2da Edición, Buenos Aires, p. 289.

7 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1990a), Op. Cit., p. 289.

8 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1990a), Op. Cit., p. 295

9 TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA (2008), Fallo cit. (n. 5)

10 TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA (2008), Fallo cit. (n. 5)

por privación de ingresos, es decir, de tipo laborativa, atento a las tareas de cobranza que realizaba con posterioridad a su jubilación, combinado con la escasez y falta de convicción probatoria de dicha situación debido a que solo contaba con la declaración testimonial de alguien que sostuvo ser su "amigo", resultando insuficiente para hacer lugar a la pretensión en este aspecto; no implicaba necesariamente que no le correspondiera indemnización alguna derivada de la incapacidad que sí fue efectivamente demostrada. El TSJ resaltó que "la incapacidad es resarcible -a título de daño patrimonial- no sólo en su faz laborativa sino también en su aspecto vital. Es decir, la incapacidad apreciable patrimonialmente no es sólo la directamente productiva, sino que también debe apreciarse -aunque se lo aprecie de manera mediata- el valor material de la vida humana y de su plenitud (XII.3. Incapacidad Laboral sobreviniente: apartado d)"¹¹ Ya en ese momento, se diferenciaba a la capacidad laborativa de la incapacidad vital.

Citando a Mosset Iturraspe, el tribunal superior sostuvo que *"...la integridad física de una persona, la incolumidad corporal y fisiológica tiene importancia decisiva en la vida de producción o trabajo (...); pero la vida del hombre considerada en su plenitud no se extingue en la faceta estricta del trabajo. En el examen complejo de su multiforme actividad, al margen de la laboral, toda persona desarrolla en su casa o fuera de ella, tareas vinculadas con sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, sociales, religiosas, sexuales, etc., y los deterioros o menoscabos a tales quehaceres pueden acarrear consecuencias de carácter patrimonial"* (Conf. Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Ediar, Bs. As., 1973; T. II-B, p. 194, notas 16 y 17).¹²

Luego, el TSJ destacó y citó lo que también en una misma línea formuló Zavala de González: *"El poder cumplir en plenitud actividades vitales, así no sean laborales o no reditúen beneficios dinerarios, tiene un significado económico: la posibilidad de subir a un ómnibus, de conducir un vehículo, de higienizarse personalmente, de limpiar un piso o lavar un automotor, de realizar trámites o pagar impuestos, de cumplir en fin cualquier tarea cotidiana con libertad y sin trabas (...) tienen también un valor (significado) económico"*¹³

En el caso, de la prueba rendida se concluyó que Dutto poseía, previamente y hasta el momento del infortunio un estado de "salud práctica"; luego del hecho sufrió daños en su persona ya que le fue amputado el miembro inferior derecho por debajo de la rodilla "quedando el sector restante proximal con secuelas de fracturas en diáfisis y en el cuello del fémur", acortamiento del miembro por fractura del húmero, lo que aumentó la atrofia. Como consecuencia de todo ello no podía usar muletas, le era imposible conducir vehículos de cualquier tipo y sólo podía desplazarse limitadamente en su silla de ruedas, siendo imprescindible para cualquier traslado fuera de su domicilio el concurso de alguien que lo transporte. Se destacó que "...requiere ayuda para vestirse, tiene dificultad para colocarse zapatos y medias y ponerse pullovers. No puede bañarse sólo y requiere asistencia para ésta y otras funciones"¹⁴. Es decir que, Dutto había sufrido en su persona una incapacidad de tal entidad que a todas luces y de manera notoria pudo considerarse grave.

Continúa el tribunal y refuerza su idea en que se ha sostenido que el cobro de una jubilación *"... únicamente trasunta la obtención de beneficios previsionales al cabo de ciertos*

11 TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA (2008), Fallo Cit. (n. 5).

12 TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA (2008), Fallo Cit. (n. 5).

13 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1990a), Op. Cit., p.48

14 TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA (2008), Fallo Cit. (n. 5), según pericia médica.

años de servicios y determinada edad, pero no significa que la 'vida útil' de la persona no pueda volcarse a otros ámbitos diferentes de la anterior ocupación laboral", apuntando en otra parte la citada autora que "La realidad demuestra numerosos supuestos en que se sigue trabajando más allá de la teórica 'edad laborativa', así como el desenvolvimiento de actividades de algún modo útiles y productivas fuera de la órbita de las retribuidas o rentables dinerariamente (Zavala De González, Matilde, Resarcimiento de Daños, ob. cit., Vol. 2a, ps. 351 y 347 respectivamente)".¹⁵

Basado en las pericias del perito médico de oficio, el TSJ hizo lugar a la indemnización por incapacidad padecida por el actor, no obstante, aclaró que tal reparación no sería la merma en la capacidad laborativa (que no logró probar el interesado) sino de la vital. Aquí recordó que "los jueces, por medio de sus facultades de resolver sin estar atados a las afirmaciones inexactas o errores de nomenclaturas (*nomen juris*) que le asignen los litigantes a una categoría de daño cuyo resarcimiento reclaman, sino que pueden -y hasta deben- dentro de su libertad en todo lo referente a la calificación y conceptualización de los hechos en el plano jurídico, encuadrar los hechos que alegan los litigantes como sustento del perjuicio que se invoca en los conceptos y normas que sean realmente aplicables".¹⁶ Bajo estas pautas, del hecho que el actor haya reclamado el detrimento por él sufrido bajo el rótulo de incapacidad laborativa, no impidió que el supremo tribunal resuelva considerar lo reclamado originariamente como incapacidad sobreviniente bajo la designación que realmente le corresponde, es decir, la de incapacidad vital, sin incurrir por ello en incongruencia.

Consecuentemente, luego de reconocer la procedencia del rubro, el TSJ procedió a evaluar las consecuencias pertinentes en orden a su cuantificación, y para ello se valió de elementos también acreditados en autos como el hecho que Dutto se encontraba jubilado, la edad del mismo (resultando irrelevante la necesaria para el acceso al haber jubilatorio ya que se hizo lugar a la incapacidad vital), tomando como tope los 85 años, pues el damnificado contaba al momento del resolutorio con 78 años de edad (había superado el promedio de vida por estadística de 72 años), siéndole inaplicable el promedio general y debiendo adaptar la solución a su concreta situación personal. Luego, consideró como elemento objetivo para el cálculo que, el hecho de que la víctima no hubiera demostrado fehacientemente el "exacto valor económico del daño patrimonial sufrido a raíz de su incapacitación", "no obsta a la procedencia de la indemnización por la incapacidad sufrida en su faz vital." Así considerado, tomó el criterio adoptado por nuestra jurisprudencia y doctrina especializada que suele recurrir al parámetro del salario mínimo, vital y móvil, como "una pauta razonable para establecer el quantum de la indemnización reclamada."¹⁷

Una vez obtenidos estos datos, se calculó el lucro cesante pasado tomando como base el valor del ingreso mensual fijado (SMVM: \$ 200 mensuales) calculado en base al 68% (porcentual de incapacidad padecido: \$ 136 por mes), por el tiempo que había transcurrido desde el siniestro hasta la fecha de la sentencia. Al resultado, lo limitó al 55% en proporción al grado de responsabilidad atribuido a los demandados. Para el cálculo del lucro cesante futuro, aplicó el método matemático de aplicación prácticamente unánime por los tribunales de nuestra provincia, la versión simplificada de la clásica

15 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1990a), Op. Cit., p. 351 y 347

16 TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA (2008), Fallo Cit. (n.5)

17 TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA (2008), Fallo Cit. (n. 5)

fórmula Marshall, denominada "Las Heras-Requena"¹⁸ que se traduce de la siguiente manera: "C: $a \times b$. Así, "C" es el monto indemnizatorio a averiguar, que se logra multiplicando "a" por "b". El factor "a" representa el perjuicio mensual sufrido por doce meses al que se suma un interés puro del 6% anual; el otro elemento de la fórmula, es "b", el número de períodos dentro del cual debe producirse el agotamiento del mismo, es decir se refiere a la totalidad del lapso resarcitorio. Para el cálculo del valor "b" es indispensable utilizar una tabla, donde a cada año corresponde un coeficiente. Seleccionada la cantidad de años, se ubica el coeficiente que le corresponde y que equivale a "b" (de tal manera se ahorran todos los cálculos que requiere la fórmula "Marshall"). La mencionada tabla puede consultarse en Zavala de González Matilde, "Resarcimiento de Daños - Vol. 4 - Presupuestos y Funciones del Derecho de daños", Hammurabi, págs. 498/499."¹⁹

El cálculo conforme tal fórmula se difirió para la etapa de ejecución de sentencia, oportunidad en la cual debía ponderarse que el tope de la indemnización por lucro cesante futuro se debía fijar en los 85 años de edad y que los ingresos a tomar en cuenta se estimarían conforme el valor del SMVM a la fecha del accidente (\$ 200) en base a la incapacidad permanente padecida por el Sr. Dutto (68%). Al resultado, nuevamente lo limitó a la mitad atento al grado del 55% de responsabilidad de los demandados para fijar la indemnización que recae sobre los mismos.

Del análisis de "Dutto" podemos ver de qué manera el hecho de cobrar una jubilación no refleja toda la capacidad productiva de una persona ni la agota, sino que, solo abarca una faceta de su vida integralmente considerada. Que hay aspectos de la vida cotidiana que exceden a aquella instancia de vida ya concluida, la estrictamente laboral en la que una persona realizó aportes para contribuir a su haber jubilatorio futuro.

Es que, previo a la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), el tema ya captaba la atención de los autores especialistas en la materia. La incapacidad vital ha tenido un tratamiento particular, y sea que se recepte la tesis de las terceras categorías de daños o, según ideas a las que adherimos, se la rechace aceptando que solamente existen dos tipologías principales de consecuencias resarcibles receptadas por nuestro ordenamiento, es decir, patrimoniales y extrapatrimoniales,²⁰ no podemos dejar de reconocer que la incapacidad vital tiene un lugar propio en todo el abanico de consecuencias indemnizables.

III.- La incapacidad vital en el código civil y comercial

La discusión sobre la procedencia o no de este tipo de daños y en qué supuestos y medida deben indemnizarse las consecuencias por lesiones incapacitantes, ya era objeto de debate enérgico antes de la sanción del CCCN, es decir, durante la vigencia del código velezano, y no eran pacíficas las opiniones tanto en doctrina como en jurisprudencia.

Como resultado de la evolución de dicho debate, por interpretaciones que han hecho tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 327:3753; 327:2722)²¹, como así

18 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1990b): "Resarcimiento de daños - Presupuestos y fundamentos del derecho de daños", Hammurabi, Buenos Aires, T. 4, pág. 497.

19 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1990b): Op. Cit., p. 498/499. También puede verse en ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (2004): "Actuaciones por Daños", Hammurabi, 1º ed. Buenos Aires, p. 306 y 307

20 LOPEZ MESA, Marcelo – MARTINEZ PAZ, Facundo (2019a), "Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado. Anotado", Hammurabi, Buenos Aires, 10B, p. 140.

21 CSJN; 21/09/2004: "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688 (Fallos 327:3753)". Disponible en [/www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-aquino-](http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-aquino-)

también los tribunales de distintas provincias y por supuesto con un aporte más que significativo de la doctrina, el legislador ha introducido en el nuevo Código varias normas que expresamente contemplan las indemnizaciones, qué es lo que comprende cada una y cuál es su forma de repararlas; situación que le ha valido al cuerpo normativo algunos elogios por su claridad, pero que, a la vez, lo hace pasible de algunas observaciones no tan positivas. Ejemplo de lo primero es la norma receptada en el art. 1746 que dispone de manera específica, qué se indemniza y qué método se debe emplear para calcular la indemnización cuando el damnificado directo sufre daños en su persona, es decir, “...en caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial” (art. 1746).

En la actualidad, no cabe dudas que se encuentra muy consolidada la postura que emplaza la reparación de la incapacidad vital dentro de la esfera del daño patrimonial. Así, al comentar el artículo 1746, se ha dicho que el mismo “*regula las consecuencias patrimoniales derivadas de la lesión psicofísica de las personas. A su vez, determina el método de cuantificación de los referidos detrimentos y presume gastos médicos, farmacéuticos y de transporte que resulten razonables en función de la índole de las lesiones.*”²²

No podemos pasar por alto que el aludido artículo también establece un método de cálculo para establecer la indemnización por incapacidad permanente. Por supuesto que son muchas las interpretaciones respecto a qué se debe calcular con la mencionada fórmula. Ejemplo de ello, hay quienes dicen que deben emplearse para el cálculo del lucro cesante como así también de la pérdida de chances.²³ Solo hago mención de la fórmula debido a dos razones: en la actual redacción del art. 1746 encontramos una norma amplia que contempla la indemnización por incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial y, a su vez, el método para calcularla; los dos son elementos tenidos en cuenta para evaluar la procedencia del rubro en el precedente histórico del tribunal superior cordobés, así como su rechazo en el fallo que nos convoca.

La fórmula matemática o actuarial, no es un tema de análisis preciso en esta oportunidad. El mismo ha sido merecedor de un estudio minucioso en cuanto a su utilización y recepción normativa, y también críticas, por vasta doctrina y jurisprudencia. Ello no quita que valga la pena y hasta resulta necesario mencionarla, ya que no solo el precepto vigente la contempla, sino que, además, una de sus variantes fue empleado en “Dutto” como método de cuantificación.

En relación a lo que más nos interesa, la citada norma establece que la “*indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, ...en el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada (art. 1746 CCCN)*”. Si bien en la última parte transcrita no habla de la situación particular de una persona jubilada o de edad avanzada, o de alguien que no se encontraba empleada al momento del hecho generador de los daños, sí da pie a interpretar que las consecuencias a indemnizar no son las directas pérdidas de ingresos. La norma debe ser leída e interpretada en su totalidad.

isacio-cargo-servicios-industriales-sa-accidentes-ley-9688. También en CSJN, 29/06/2004: “Coco, Fabián c. Provincia de Buenos Aires/Daños y perjuicios” (CSJN-Fallos, 327:2722).

22 CARESTIA, Federico S. (2018) en “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, BUERES, Alberto J. (Dir.), Hammurabi, Buenos Aires, 2018, T.3F, p. 504.

23 LOPEZ MESA, Marcelo – MARTINEZ PAZ, Facundo (2019a), “Código Civil y Comercial de la Nación – Comentario. Anotado”, Hammurabi, Buenos Aires, 10B, p. 142.

El Código parece haber adoptado criterios similares al empleado por el TSJ en “Dutto”, y a su vez, son los que, a nuestro entender, ha tenido en cuenta la Cámara, pero no para reconocer la indemnización del rubro, sino para, rechazarla por no haberse concluido que el caso guardaba semejanzas que hicieran aplicable la norma vigente al momento del hecho, es decir, el art. 1746 del CCCN.

En comentarios sobre este precepto, se dice que “la incapacidad psíquica y física puede afectar tanto la “capacidad laboral” como la “capacidad vital” de la víctima, aquella que permite desarrollar las restantes actividades cotidianas que realiza una persona y que tiene también un contenido económico.”²⁴

De esta manera la incapacidad puede generar en el plano laboral, una pérdida de ingresos o lucro cesante, situación muy común. Pero también es cierto que, y citamos el ejemplo dado por López Mesa:

“Puede darse – y de hecho ocurre- en una enorme cantidad de supuestos- que el sujeto, pese a portar una incapacidad permanente, no haya sufrido lucro cesante alguno, sea porque la localización de la incapacidad no ha afectado su empleo (b.gr., un ingeniero en sistemas que sufrió una lesión en su pie, que no le impide trabajar porque lo hace sentado frente a una computadora); o porque , pese a no poder trabajar, su empleador o aseguradora de riesgos del trabajo le ha seguido abonando mensualmente su salario por disposición legal. Ahora bien, el hecho de no sufrir merma en sus ingresos no implica que no tenga derecho a reclamar los perjuicios patrimoniales derivados de dicha incapacidad.”²⁵

En una de las interpretaciones del artículo que venimos analizando, con mucha razón, se dice que cuando se habla de las actividades económicamente valorables, “en la incapacidad vital, el lucro cesante no dinerario se aprecia por una inferencia, a través de un rodeo. Frustrar, así sea parcialmente, actividades económicamente valorables (incapacidad vital) genera un daño diferente del vinculado a las actividades productivas (incapacidad laboral o lucro cesante dinerario).”²⁶

Como vemos, para consolidada doctrina, el art. 1746 contempla el supuesto de incapacidad vital cuando habla de “actividades económicamente valorables”. Aquí la incapacidad no incide inmediatamente en los ingresos, pero sí en la vida cotidiana. Por ejemplo, una persona que solo vive de rentas. También entran aquí los jubilados y las amas de casa”.²⁷

“Tal es así, que la reparación procede aún en el caso en el que el damnificado siga realizando una tarea remunerada. El hecho de que se pueda continuar con una determinada actividad productiva, no implica que desaparezca la disminución en la aptitud física o psíquica para desarrollar otra labor diferente, que también sea estimable pecuniariamente. Esta aminoración, que involucra una potencialidad, debe ser indemnizada.”²⁸

24 LÓPEZ MESA, Marcelo – MARTINEZ PAZ, Facundo (2019a), Op Cit., p. 142

25 LÓPEZ MESA, Marcelo – MARTINEZ PAZ, Facundo (2019a), Op. cit. P. 143

26 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde – GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo (2018c), “La responsabilidad civil en el Nuevo Código”, Alveroni Ediciones, Córdoba, T. III, p. 314 -316.

27 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde – GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo (2018c), Op. Cit., p. 317

28 CARESTIA, Federico - BUERES, Alberto J. Dir., Op. Cit., p. 505.

IV.- Incapacidad vital y terceras categorías

Como ya adelantamos, y a pesar de que son diversos los temas interesantes que la Cámara debe tratar, como es la relación entre el daño moral y el rubro por incapacidad o las costas en juicios por daños; el análisis se reposa en la “incapacidad vital” atento al especial encuadre fáctico y pretensión aludida en el caso que da pie para recordar y repasar los lineamientos del precedente “Dutto” y, además, fue en lo que viró la Cámara al resolver. Esto nos permite identificar, por medio de la comparación, situaciones en las que muchas veces los operadores buscan hacer decir a este fallo algo que no dice, cuando en realidad aquel aborda una situación muy particular que no debería ser extensiva de forma genérica o superficial a casos que nada tienen en común, es decir, donde este tipo de incapacidad no se ve reflejada ni en los hechos como así tampoco en las probanzas rendidas.

Sí vamos a mencionar brevemente, y por su estrecha vinculación con el objeto medular de análisis que venimos examinando, el de las terceras categorías de daños. Como nos señalan Pizarro y Vallespinos, *“una calificada doctrina y jurisprudencia se inclina decididamente por asignar a la lesión a la integridad psicofísica de la persona (incapacidad) un valor económico, apreciable en dinero, por lo que el daño patrimonial real ocasionado a la persona debería ser indemnizable independientemente del daño emergente, del lucro cesante y del daño extrapatrimonial o moral.”*²⁹

En base a ello, los juristas puntualizan que *“buena parte de quienes participan de estas ideas rechazan la clasificación bipartita del daño en patrimonial y extrapatrimonial y propician la existencia de nuevas categorías de dañosidad (daño biológico, estético, psíquico, sexual, por incapacidad).”*³⁰

Por su parte, Galdós, quien adhiere a esta postura, al comentar el artículo 1746 del CCCN, sostiene que la norma prevé la indemnización del daño patrimonial que procede en los casos de daños provocados a la salud o a la integridad física y psíquica de las personas, y que admite que su cuantificación pueda ser fijada, además del arbitrio judicial, por medio de la aplicación de un criterio matemático. Dentro de esta idea, el citado autor plantea que:

*“Se trata en definitiva de la integridad de la persona que tendría un valor económico en sí misma y por su aptitud potencial o concreta para producir ganancias”, o lo que sería lo mismo, “la incolumidad humana tiene un valor indemnizable per-se, atento a que no sólo comprende las efectivas y concretas ganancias dejadas de percibir (lo que conocemos en estricto sensu como “lucro cesante”), sino que, además, incluye la afectación vital de la persona en su “mis- midad”, individual y social, por lo que a la víctima se le debe resarcir el daño a la salud que repercute en su significación vital.”*³¹

En la vereda de enfrente, tenemos a quienes consideran que, *“lejos de otorgar al daño a la salud o al daño al proyecto de vida, por ejemplo, pretendida autonomía conceptual y erigirlos en categorías distintas del daño patrimonial o moral (tercer género), la norma (haciendo*

29 PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo (2018a) “Manual de Responsabilidad Civil”, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, T. I, p. 401.

30 PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo (2018a), Op. Cit., p. 402.

31 GALDÓS, Jorge Mario (2014) en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), Ira ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, T. VIII, p. 523 y 524, sobre CSJN, 9-12-93, “Hanis, Alberto e/Ferrocarriles Argentinos s/Daños y perjuicios”.

alusión al art. 1738 CCCN) pone en evidencia algo completamente distinto: que aquello que se resarce es siempre una consecuencia perjudicial que deriva de la lesión a intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico. Y ese detrimento sólo puede ser económico (en cuyo caso el daño es patrimonial) o espiritual (en cuyo caso el daño es extrapatrimonial o moral).³² Podríamos hablar mucho sobre este tema debido a su amplitud, pero atento a que no tiene un tratamiento pormenorizado en el caso bajo estudio, nos centraremos en lo decidido por la Cámara.

Es así como, por unanimidad, el tribunal deja claro que adhiere a la tesis que rechaza terceras categorías de daños. Así lo manifiesta expresamente cuando dice que "...ya me he expedido en reiteradas ocasiones en el sentido de que no debe perderse de vista que, aun cuando la noción de incapacidad vital se asienta en una concepción integral de la persona y refiere a aspectos diversos de lo laboral y productivo, el daño resarcible finca en las consecuencias que aquella invalidez trae aparejada para la realización de actividades económicamente útiles, aunque no generen dinero en forma directa."³³

Ello también deriva de que, si bien el perito médico experto determinó que la actora sufre "*cervicalgia mecánica más impotencia funcional*", lo que significa una incapacidad parcial y permanente del 1% (v. op. 05/07/2024), asociado biomecánicamente al accidente descripto, aquella no ha probado cómo tales secuelas incapacitantes han incidido en la realización de actividades útiles o habituales en su vida individual y social que repercutan negativamente en su patrimonio. La postura que rechaza categorías ajenas a la patrimonial y a la extrapatrimonial es clara.

V. El rechazo de la indemnización por disminución de la capacidad vital en el caso bajo análisis

Como ya vimos, en el pronunciamiento objeto de esta nota ("*Schulthess*"), la Cámara de Apelaciones de 1ra Nominación rechazó la indemnización por "disminución de la capacidad vital", o lo que es lo mismo pero dicho de otra manera de la "incapacidad vital", no siendo necesario considerar la extensión y la forma de repararlo.

En primer lugar, se da por sentado que la actora cuando habla de incapacidad vital, reclama un tipo de daño incluido en la esfera del daño patrimonial, no así en el extrapatrimonial. Ello se deduce claramente a la hora de formular la pretensión, atento a los elementos que la damnificada invocó y que debieron servir para identificar el tipo de daño resarcible que reclama. No obstante, en capítulo aparte reclamó daño moral.

Si bien la actora empleó el rótulo o etiqueta de incapacidad sobreviniente y disminución de la capacidad vital, de manera conjunta; en los hechos no son lo mismo, y ello ya lo hemos explicado de manera más que suficiente en los títulos que anteceden.

Sin embargo, no tiene relevancia a los fines de procedencia de la partida indemnizatoria, el rótulo o etiqueta que el litigante emplee para solicitar un determinado rubro de daño; por aplicación del principio *iura novit curia* el juez puede readecuar el rubro. Alcanza que el juez pueda evaluar su procedencia y existencia a partir de sus elementos conceptuales y materiales, y para ello es cierto que estos últimos deben existir. Forman parte ontológica o esencial del daño como elemento, y es por ello, que, una vez reunidos dichos requisitos,

32 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde – GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo (2018c), Ob. Cit., p. 289.

33 Cámara Civil y Comercial 1ºNom. (2025), Fallo cit. (n. 2), p. 9/23.

el daño puede darse por acaecido y con entidad para dar lugar a su reparación. Es ese daño el que se pide, y no otro.

En “Schulthess”, la Cámara tuvo por demostrado, al igual que el juzgado de primera instancia, que la actora efectivamente sufre “*cervicalgia mecánica más impotencia funcional*”, lo que significa una incapacidad parcial y permanente del 1% (v. op. 05/07/2024), asociado biomecánicamente al accidente descrito” y según la pericia médica oficial que no pudo ser desvirtuada. Sin embargo, no ha demostrado como dichas secuelas incapacitantes han incidido en la realización de actividades útiles o habituales en su vida individual y social que repercutan negativamente en su patrimonio.³⁴

Ello quiere decir que, en caso de que esa incapacidad del 1% le hubiere presentado dificultades para llevar a cabo actividades cotidianas, o de asistencia remunerada para realizarlas, no solo debió manifestarlo, sino, además, lograr la convicción del juez por medio de la prueba. Del análisis de la pericia, se concluyó que las secuelas incapacitantes no le han quitado autonomía a la actora, por lo que tampoco han repercutido de modo negativo en su patrimonio a los fines de la realización de actividades útiles o habituales, con proyección económica que deba ser resarcida.

Si bien puede parecer que el motivo en que se funda la petición es similar al supuesto de hecho en “Dutto”, debido que se reclama una incapacidad para una persona con edad jubilatoria y que contemple los distintos aspectos de su vida en relación. En “Dutto” el actor había acreditado el padecimiento de una lesión grave en su salud (amputación de una pierna), lo que le produjo un alto porcentaje de incapacidad permanente (68%), y una clara limitación para la realización de tareas útiles para sí y su familia.

Es principalmente por este motivo, y sobre lo que hemos profundizado anteriormente que, “tales circunstancias -que habilitaron la concesión de una indemnización a título de ‘incapacidad vital’- no se dan en los presentes autos, en los que la actora padece un 1% de incapacidad, no ha perdido autonomía, y, mucho menos, ha requerido asistencia remunerada.”³⁵ En base a ello, la Cámara hace lugar al primer agravio de la demandada y citada en garantía y, en consecuencia, revoca el rubro concedido a título de “disminución de la capacidad vital.”

En el caso, tanto, así como en “Dutto”, tenemos una identidad de hechos que los jueces analizan en grados. En un primer grado o momento el daño lesión es el mismo, daño a la integridad psicofísica de la víctima. En un segundo grado, el supuesto de hecho que se plantea es similar, una persona con una edad avanzada que ya no realiza una actividad remunerada. La mira está colocada en otras actividades que pueden reportar algún tipo de ventaja patrimonial que ya no podrá realizar por su cuenta o para la que deberá solicitar asistencia.

A partir de allí, lo que viene son desencuentros, tanto en la prueba como en el grado de incapacidades y lo que este traería aparejado para cada sujeto en su caso concreto, lo que inevitablemente repercute en la valoración que los magistrados realizaron para la procedencia del rubro en un caso y su rechazo en el otro.

34 Cámara Civil y Comercial 1ºNom. (2025) Fallo cit. (n. 2), p. 10/23.

35 Cámara Civil y Comercial 1ºNom. (2025) Fallo cit. (n. 2), p. 11,12/23.

No significa que la "incapacidad vital" sea exclusiva de una persona jubilada³⁶, pero en los casos en que se presente tal situación puede ser más fácil de demostrar a partir de indicios, o ser notoria en supuestos de grandes incapacidades donde la pérdida de autonomía funcional obliga a contratar asistencia remunerada para quien la padece. No es este el caso de quien busca una reparación amplia independientemente del tipo de consecuencias que padezca o no, por medio de una invocación genérica y abstracta del tipo de daño y aún sin ningún elemento en común con los casos que han sido motivo de reconocimiento de la susodicha figura reparatoria. Aclaramos que, no consideramos que ello esté anclado al bajo grado de incapacidad, en contraste con "Dutto" donde a partir de una gran incapacidad los rubros pueden justificarse de manera más notoria; sino en base a que ese 1% de incapacidad permanente y parcial necesariamente debe repercutir en la esfera patrimonial para que proceda una indemnización bajo el título de "incapacidad vital."

VI. Conclusión

La cuestión de la reparación de la "incapacidad vital" se encastra directamente en la necesidad de identificar y catalogar si se quiere, una especie de daño resarcible, es decir, el rubro en el que podemos y debemos ubicar a dicha pretensión indemnizatoria.

Como sostiene López Mesa, "...la responsabilidad civil no puede declararse en el vacío, y este se presenta no solo en ausencia del daño, sino también cuando se carece de sustento para identificar su contenido específico. El daño resarcible no está representado por la lesión en sí misma, sino por los efectos que ella produce, ya que no es resarcible cualquier daño, si o únicamente aquel que apareja un resultado disvalioso que la reparación procura subsanar o compensar. En sentido técnico-jurídico solo existen en nuestro ordenamiento daño patrimonial, y moral o extrapatrimonial, no existe un tercer género."³⁷

Así el daño resarcible se consolida como un elemento esencial de la obligación de reparar que recae sobre el responsable, y por ende debe ser valorado y cuantificado de acuerdo a lo que el ordenamiento jurídico, en primer lugar, ordena, y, en segundo lugar, -pero no por ello menos importante- no prohíbe.

El régimen de responsabilidad civil manda a reparar el daño a todo interés no reprobado por el ordenamiento jurídico injustamente sufrido por el damnificado. A partir de allí, entramos en un grado de especificidad más individual del daño que afecta a la víctima. Será el supuesto de hecho post evento dañoso el que determinará el tipo de daño resarcible a individualizar, en el caso, la reparación de la "incapacidad vital".

Luego de todo lo analizado, cabría preguntarnos, si corresponde que la víctima de daños sobre su persona, que sufre secuelas por lesiones, reclame "incapacidad vital" si aún continúa ejerciendo una tarea remunerada y no ve afectada su vida cotidiana, su patrimonio ni tampoco necesita de asistencia. La repuesta por la negativa parece imponerse, y a la vez lo resuelto por la Cámara luce acertada según las constancias de la causa.

La "incapacidad vital" no es otra cosa que un claro ejemplo de la aplicación del criterio de la individualización del daño, estrechamente vinculado al principio de reparación plena,

36 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1990a), Op. Cit., p. 252, 253.

37 LÓPEZ MESA, Marcelo J. (2012b) "Sistema de Jurisprudencia Civil", Abeledo Perrot S.A, Buenos Aires, T. II, P. 1993.

de suerte que la reparación opere sin excesos ni insuficiencias.³⁸ Este criterio implica que la reparación debe adecuarse a las circunstancias particulares de la víctima, es decir, que no basta con una valoración abstracta o genérica del perjuicio, sino que debe considerarse cómo ese daño concreto afecta individualmente a quien lo padece.

Lo que se busca transmitir con este razonamiento es que la incapacidad, supongamos, en un mismo porcentual según baremos oficiales, va a afectar distinto a un joven laboralmente activo y a un jubilado, tanto en su día a día como en su patrimonio. Pero en ambos casos, la incapacidad psíquica, física o ambas, está presente. Este es un criterio fundamental de la individualización del daño.

Podemos concluir que invocar y reclamar el daño patrimonial por el art. 1746 del CCCN con sustento en “Dutto” (2008) cuando no existen elementos que logren alcanzar una identidad de la especie de daño, no parece razonablemente fundado, sino más bien genérico y abstracto. Aun cuando lo que se busca es la reparación de un daño sufrido por una persona que no reclama daños en su faz vital, sino que, distintamente lo hace en base a parámetros laborales, tampoco parece acertado citar a “Dutto”, sino que, en otro orden, correspondería individualizar y debidamente justificar el tipo de daño resarcible que corresponda.

La “incapacidad vital” debe ser tomada como un concepto que contempla una situación dañosa particular de las víctimas, dentro una categoría más amplia de daño resarcible. A la vez, del hecho que se pueda solicitar este rubro, no necesariamente se deriva que corresponda invocar el precedente “Dutto” como caso análogo que busque justificar la pretensión que se persigue; ello no luce acertado cuando el nuevo caso nada tenga en común más allá de una incapacidad con consecuencias en otros ámbitos o aspectos personales.

Consecuencia del mencionado principio de individualización del daño es la independencia del daño moral que, sí fue confirmado por la Cámara al resolver que “ahora bien, que tal incapacidad no tenga virtualidad para configurarse como causa generadora de un daño patrimonial, no significa que tampoco pueda serlo para un daño extrapatrimonial.”³⁹

38 PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo (2018a), Op. Cit., p. 13.

39 Cámara Civil y Comercial 1ºNom. (2025) Fallo cit. (n. 2), p.12/23

Referencias Bibliográficas

- CARESTIA, Federico S. (2018) en "Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias", BUERES, Alberto J. (Dir.), Hammurabi, Buenos Aires, 2018, T.3F.
- GALDÓS, Jorge Mario (2014) en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1ra ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, T. VIII, p. 523 y 524, sobre CSJN, 9-12-93, "Hanis, Alberto e/Ferrocarriles Argentinos s/Daños y perjuicios".
- LÓPEZ MESA, Marcelo – MARTINEZ PAZ, Facundo (2019a), "Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado. Anotado", Hammurabi, Buenos aire, 10B.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J. (2012b) "Sistema de Jurisprudencia Civil", Abeledo Perrot S.A, Buenos Aires, T. II.
- PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo (2018a) "Manual de Responsabilidad Civil", Rubinzal – Culzoni Editores, Sante Fe, T. I.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1990a) "Resarcimiento de Daños – Daños a las personas [Integridad sicofísica]" – Hammurabi, 2da Edición, Buenos Aires.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1990b): "Resarcimiento de daños - Presupuestos y fundamentos del derecho de daños", Hammurabi, Buenos Aires, T. 4.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde – GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo (2018c), "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Alveroni Ediciones, Córdoba, T. III.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (2004): "Actuaciones por Daños", Hammurabi, 1° ed. Buenos Aires.

Jurisprudencia

- Cámara Civil y Comercial de 1°Nom. (2025) Fallo "SCHULTHESS, LEONOR C/ SEGUÍ, CARINA INÉS - ABREVIADO - DAÑOS Y PERJUICIOS - ACCIDENTES DE TRANSITO - TRAM. ORAL – Expte. N° 11462252", Córdoba.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA, 25/06/2008 - "Dutto, Aldo Secundino c/ América, Yolanda Carranza y otro – Ordinario – Recurso de Casación". Disponible en: <https://www.saij.gob.ar/tribunal-superior-justicia-local-cordoba-dutto-aldo-secundino-america-yolanda-carranza-otro-fa08999224-2008-06-25/123456789-422-9998-0ots-eupmocsollaf>
- CSJN, 21/09/2004: "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688 (Fallos 327:3753)". Disponible en /www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-aquino-isacio-cargo-servicios-industriales-sa-accidentes-ley-9688.
- CSJN, 29/06/04, "Coco, Fabián c. Provincia de Buenos Aires/Daños y perjuicios" (CSJN-Fallos, 327:2722)".

Nunca un niño puede ser tratado como un encargo. Debates y controversias en torno a la gestación por sustitución

A child should never be treated as an order.
Debates and controversies surrounding surrogacy

Catriel Josué Nieve Bensabath¹

Aval académico: Fabián Eduardo Faraoni

RESUMEN:

La gestación por sustitución es una práctica jurídico-sanitaria compleja en la que confluyen diversas voluntades a efectos de lograr una configuración filiatoria que trasciende la esfera de lo estrictamente biológico. Su regulación exige un análisis profundo y circunstanciado a efectos de garantizar la dignidad y los derechos fundamentales de todas las personas involucradas. El estado actual de la discusión plantea serios desafíos en lo referido a la condición de vulnerabilidad de las personas que acceden a gestar por otros para subvenir sus necesidades económicas y a los riesgos de que la lógica contractualista propia de los acuerdos gestacionales provoquen una mercantilización de los derechos de los niños nacidos como consecuencia de la práctica, lo que luce incompatible con su consideración como sujetos de derecho.

ABSTRACT

Surrogacy is a complex legal and healthcare practice in which multiple intentions converge to establish a parent-child relationship that goes beyond strictly biological ties. Its regulation requires a thorough and context-specific analysis to ensure the dignity and fundamental rights of all individuals involved. The current state of the debate raises serious challenges regarding the vulnerability of those who agree to gestate for others to meet economic needs, as well as the risk that the contractual logic inherent in surrogacy agreements may lead to the commodification of the rights of children born through this practice, which is incompatible with their recognition as rights-bearing individuals.

¹ NIEVE BENSABATH, Catriel Josué. Abogado distinguido como egresado sobresaliente (UNC). Escribano (UES21). Maestrando en Derecho Procesal (UES21). Adscripto de la asignatura Derecho Privado VI: Familia y Sucesiones (FD-UNC). Profesor invitado de la Facultad de Derecho (UNC). Investigador (SeCyT-UNC). Asistente de Magistrado en el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución – Vulnerabilidad – Adopción – Interés superior del niño

KEYWORDS: Surrogacy – Vulnerability – Adoption – Best interests of the child

I. Palabras preliminares

En el presente ensayo analizaremos un reciente fallo² de la Unidad de Juezas n.º 1 del Tribunal de Gestión Asociada de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de la ciudad de Córdoba que, a partir de un minucioso análisis de la plataforma fáctica y luego de repasar los distintos posicionamientos doctrinarios y jurisprudenciales respecto a la gestación por sustitución, ratificó la actuación del órgano administrativo de protección de derechos y declaró la situación de adoptabilidad de un niño, conforme las previsiones del art. 607 inc. b del Código Civil y Comercial de la Nación³.

En el pronunciamiento confluyen las controversias sobre la gestación por sustitución, la consideración de los niños, niñas y adolescentes⁴ como sujetos de derechos, y la imperiosa necesidad de garantizar un marco normativo capaz de tutelar los derechos de todos lo involucrados.

Se anticipa que el presente estudio se circunscribe a los debates y controversias que plantea la gestación por sustitución y su regulación jurídica en la Argentina. No se efectuarán consideraciones respecto a las investigaciones penales derivadas de los sucesos que la resolución relata.

II. Análisis de la resolución

El caso se originó a raíz del nacimiento de un niño en la ciudad de Córdoba, concebido mediante una técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad, específicamente, un supuesto de gestación por sustitución.

Al momento de su nacimiento, el pequeño se encontraba en una situación de salud delicada por alumbramiento prematuro, con dificultades respiratorias, hemorragias, neumotórax e hiperbilirrubinemia. Requirió intubación y asistencia respiratoria mecánica. Desde el momento mismo de su nacimiento, se sucedieron una serie de acontecimientos totalmente desafortunados para un pequeño de escasas horas de vida.

La persona comitente, una ciudadana extranjera, desistió de su voluntad procreacional y abandonó al niño. Una abogada, apoderada de la comitente, se presentó en el nosocomio con intenciones de trasladarlo a la Provincia de Buenos Aires. La mujer gestante, por su parte, manifestó no tener intención de asumir los cuidados parentales del recién nacido.

Ante la situación de desamparo y la vulneración de los derechos del niño, la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia⁵ tomó intervención de oficio y dispuso una medida excepcional de protección de derechos, resguardando al niño en una familia de

2 Tribunal de Gestión Asociada de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género – Unidad de Juezas n.º1, 22/07/2025, “M., B. L. - Control de legalidad (Ley 9944, art. 56)”

3 En forma alternativa CCCN.

4 En forma alternativo NNA.

5 En forma alternativa SENAF.

acogimiento tras obtener el alta médica.

El tribunal de primera instancia se avocó al conocimiento de las actuaciones a los fines de efectuar el control de legalidad de la medida dispuesta, conforme las previsiones de la Ley Provincial 9944.

Luego de tomar contacto personal y directo con los involucrados, y de conformidad con lo dictaminado por la representante complementaria (art. 103 CCCN), la jueza de grado ratificó la adopción de la medida excepcional de protección de derechos, el cese de la intervención del órgano administrativo y declaró al niño en situación de adoptabilidad. Para ello, analizó el estatus jurídico de la gestación por sustitución en Argentina y los derechos de los niños nacidos como resultado de dicha práctica. Por último, puso en conocimiento del Poder Legislativo de la Nación la resolución con el objetivo de que valore la posibilidad de regular la gestación por sustitución, a fin de salvaguardar los intereses de las personas más vulnerables, evitando que situaciones como las expuestas en el caso vuelvan a acontecer.

Del examen de la resolución es posible extraer los siguientes ejes centrales sobre los que se asienta la decisión: la regulación jurídica de la gestación por sustitución, el encuadre normativo para la declaración de la situación de adoptabilidad y la consideración de los NNA como sujetos de derecho.

III. La gestación por sustitución en Argentina

La gestación por sustitución es una práctica jurídico-sanitaria compleja en la que confluyen diversas voluntades a efectos de lograr una configuración filiatoria que trasciende la esfera de lo estrictamente biológico⁶.

Se trata de una técnica de reproducción humana asistida (TRHA) mediante la cual una persona (gestante) lleva a término un embarazo en su vientre por encargo de otra o de una pareja.

Lamm afirma que es aquel procedimiento por medio del cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona o con una pareja, denominada comitente, gestar un embrión, con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente⁷.

La regulación de esta técnica en el ámbito internacional presenta una gran disparidad. Por un lado, podemos encontrar aquellos países que la prohíben expresamente (España, Alemania, Suiza y Suecia), incluso bajo la amenaza del derecho penal, como es el caso de Italia⁸. Otros, en cambio, permiten la práctica; y, dentro de estos, existen aquellos que

6 Un análisis más profundo de la problemática en: ORLANDI, Olga, DEANGELI, Melina A. y NIEVE BENSABATH, Catriel J. "Autodeterminación y vulnerabilidad - Tensiones en el abordaje de la gestación por sustitución", Rubinzal-Culzoni. Cita: RC D 633/2024.

7 LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres". Editorial Universitat de Barcelona., 2013, p. 24.

8 En dicho país, el 16/10/2024, el Senado aprobó el Proyecto de Ley n.º 824/2024, que introdujo un nuevo párrafo al inc. 6 del art. 12 de la Ley n.º 40/2004 relativo a la persecución del delito de gestación subrogada cuando este sea cometido en el extranjero por ciudadanos italianos. Es decir, la reforma legislativa transforma dicha conducta en un "delito universal", ampliando la jurisdicción penal italiana a los hechos cometidos fuera del país por ciudadanos italianos. Art. 12, inc. 6 de la Ley n.º 40/2004: "Cualquiera que, de cualquier modo, realice, organice o promueva la comercialización de gametos, embriones o la gestación subrogada será sancionado con pena de prisión de tres meses a dos años y multa de 600.000 a un millón de euros. Si los hechos mencionados en el párrafo anterior, en relación con

han establecido marcos normativos más permisivos (Ucrania e Israel), frente a quienes han optado por prohibir la subrogación comercial y regular la altruista (Canadá, Portugal, Reino Unido, Uruguay y Brasil).

En nuestro país, la determinación del estatus jurídico de la gestación por subrogación no resulta tan sencilla. O, por lo menos, no lo era hasta el último pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁹ que demarcó el ámbito de competencia de los diferentes poderes del estado y puso en conocimiento del Congreso de la Nación lo resuelto a los fines de que actúe en el marco de las funciones que le incumben¹⁰.

Es que, si bien el art. 562 del Anteproyecto de CCCN regulaba la práctica, mediante una vinculación sistémica con el artículo referente a la voluntad procreacional (el actual art. 562) y a la igualdad de las fuentes filiatorias (el actual art. 558), cuando la Comisión Bicameral para la reforma, realizó la actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial, eliminó el artículo referente a la gestación por sustitución¹¹.

En este contexto, existían quienes, como De Lorenzi entendían que la gestación por sustitución había quedado en el campo de la *alegalidad*. En este sentido, se dijo que esta situación se caracteriza, precisamente, por la falta de prohibición de la técnica, pero a la vez por la ausencia de reglamentación de una práctica que, a la luz de lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución nacional, resulta lícita¹². Otros, en cambio, entendían que se trataba de un vacío legal que debía ser suplido a partir de una interpretación sistémica y armónica del ordenamiento jurídico nacional e internacional (arts. 1, 2 y 3 del CCCN y art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional)¹³.

Pero lo cierto fue que, ante la carencia de una norma específica, la construcción del marco jurídico de la gestación por sustitución tuvo lugar, en nuestro país, a partir de los desarrollos jurisprudenciales¹⁴.

Así, aquellas parejas que tenían imposibilidades físicas de gestar, o bien, quienes tenían un proyecto de vida familiar monoparental-monomarental acudían a la justicia a los fines de que su maternidad-paternidad sea reconocida.

En esencia, el objeto de tales pretensiones estribaba tanto en la obtención del emplazamiento filial de la persona nacida mediante gestación por sustitución en relación a quienes expresaron su voluntad procreacional, como la búsqueda de evitar, mediante la aplicación de la pauta estipulada por el art. 562 del CCCN, el emplazamiento filial entre

la gestación subrogada, se cometen en el extranjero, el ciudadano italiano será castigado conforme a la ley italiana”.

9 En forma alternativa CSJN.

10 CSJN, 22/10/2024, “S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación”. (Fallos: 347:1527).

11 GIL DOMÍNGUEZ, Andrés y HERRERA, Marisa, “Gestación por sustitución: Un voto en minoría que proyecta el futuro judicial desde el prisma constitucionacional”. Rubinzal-Culzoni. Doctrina online. Cita: RC D 594/2024.

12 DE LORENZI, Mariana. “Gestación por sustitución. Silencios que gritan y derechos que interpelan”. En: Semanario Jurídico. Homenajes. Marzo 2020. p. 52. DE VITA, Verónica, “Sustitución de vientres: vacío legal y cinco fallos a favor”. Diario Los Andes 28/11/2018; disponible en www.losandes.com.ar/sociedad.

13 GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Alquiler de vientre, un vacío legal injustificable”. Diario Clarín 25/10/2017; disponible en www.clarin.com/sociedad. Ver antecedentes en: LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución...”, ob. cit., p. 104.

14 CARRANZA, Gonzalo G., “Garantía de la dignidad de la mujer gestante en la gestación por sustitución. Un estudio a partir de la jurisprudencia de Córdoba (Argentina)”. Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, SC, v. 34, n. 13, Jan./Abr. 2023, p. 301-318.

la persona nacida por la práctica y la persona gestante¹⁵. Es que, dicha norma contiene la regla *mater semper certa est*. Esto es, que la mujer que da a luz es considerada la progenitora del niño o niña nacida, con independencia de si entre ellas existe un vínculo genético-afectivo.

Incluso, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) se autorizó en forma preventiva la inscripción de los nacimientos mediante gestación por sustitución a nombre de los progenitores intencionales¹⁶.

Entre 2017 y 2024 -en el marco de la acción colectiva interpuesta por el Defensor del Pueblo de la Ciudad y la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT)- el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de CABA autorizó a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos mediante gestación solidaria¹⁷, bajo los siguientes presupuestos: “1) Que se trate de menores nacidos en el país por el método de gestación solidaria realizada en el país; 2) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada; 3) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional; y 4) Que la inscripción se efectúe en términos preventivos, además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo”¹⁸.

En este contexto, el día 22 de octubre de 2024, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina dictó un trascendental fallo en materia de gestación por sustitución.

En los autos caratulados “S., I. N. c/ A., C. L. s/ Impugnación de filiación”, la Corte por mayoría, y apartándose de los dictámenes de la Defensoría General de la Nación y del Procurador Fiscal, confirmó la decisión de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que había rechazado la demanda de impugnación de la filiación materna promovida por un matrimonio igualitario para que se expida una nueva partida de nacimiento en la que ellos figuren como progenitores de un niño, desplazando a la demandada de su estado de madre, condición con la que fuera inscripta. Los actores en su presentación expusieron que el niño había nacido en virtud de una TRHA y que la accionada, que se allanó a la demanda, actuó como mujer gestante, sin voluntad de ser madre.

La decisión mayoritaria, conformado por los votos concurrentes de los Dres. Horacio Rosatti, Carlos Fernando Rosenkrantz y Ricardo Lorenzetti, luego de poner de relieve los dilemas éticos que subyacen en la discusión, precisó que no existe un vacío legal ya que el artículo 562 del CCCN resulta aplicable al caso en tanto establece que los nacidos bajo las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o

15 Para un análisis en detalle de las estrategias judiciales ensayadas en pos del reconocimiento de efectos jurídicos a la GS, véase: HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia; FERNÁNDEZ, Silvia. Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales. Ed. La Ley, 2018, págs. 526-537.

16 LIMA, Natacha S. ARIZA, Lucía. “Consideraciones sobre el doble estándar en los procesos de gestación por sustitución”. Publicado en: RDF 116, 131. Citas: TR LALEY AR/DOC/1856/2024.

17 Categoría empleada en el texto de la disposición. Para un análisis pormenorizado de las diferentes categorías empleadas para nominar esta técnica y sus diferencias, véase: LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Ed. Universitat di Barcelona, 2013.

18 Las autoras señalan que tal disposición - disp. 93/DGRC/17 del 13 de octubre de 2017- fue objeto de recientes cuestionamientos, y detallan que el 3 de junio del año 2024, el juzgado civil número 8 dispuso dejar sin efecto la medida que autorizaba la inscripción preventiva de los nacimientos ocurridos de procedimos de gestación por sustitución, y resolvió que, con relación a las inscripciones provisionales efectuadas, juez de cada causa deberá resolver lo que corresponda según la aplicación del Derecho vigente a las circunstancias del caso concreto.

de la mujer que prestó su consentimiento previo, informado y libre.

Agregaron que se podrá estar de acuerdo o en desacuerdo con la norma en cuestión, pero lo cierto es que un juez no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma basado en su mero desacuerdo con ella; y pusieron en conocimiento del Poder Legislativo de la Nación su pronunciamiento, a los fines que estime corresponder dentro del marco de las funciones que le incumben.

Así, afirmaron que: *“el art. 558 estipula que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, y el art. 562 que el gestado por TRHA es hijo de “quien dio a luz” y también de “...quien ha prestado su consentimiento previo...”. Las cláusulas del CCyC precisadas al imponer un límite máximo de dos vínculos filiatorios, e invalidar la posibilidad de excluir de la filiación del gestado por TRHA a quien lo dio a luz, frustran la petición de los accionantes. Se trata de normas de orden público, que no son disponibles por convenio de partes (art. 12 CCyC)”¹⁹.*

Por su parte, el ministro Juan Carlos Maqueda, que votó en disidencia, entendió que el ordenamiento jurídico argentino no prohíbe la gestación por sustitución y que dicha práctica puede ser fuente de filiación en tanto constituye una técnica de reproducción humana asistida.

Sostuvo que la elección de esta práctica atañe a la esfera de la autonomía personal, que debe ser celosamente custodiada de cualquier injerencia arbitraria del Estado, de modo que las personas puedan desarrollar sus proyectos de vida, en el marco de la seguridad y certeza que les brinda el orden jurídico (art. 19 de la Constitución nacional)²⁰.

Afirmó que, ante la necesidad de establecer la identidad filial del niño nacido por la técnica de gestación por sustitución, resulta ineludible estar a la solución que mejor satisface su interés superior y sus restantes derechos en juego²¹.

Esta decisión encontró diferentes posicionamientos en la doctrina.

Así, un sector de la doctrina ha señalado que el voto mayoritario refleja una interpretación restrictiva del rol judicial, evitando la creación pretoriana de derecho en materias no reguladas expresamente y que es particularmente relevante que la Corte haya optado por una postura de autorestricción judicial, evitando legislar pretorianamente sobre una materia que requiere un debate democrático amplio y consideración de múltiples aspectos éticos, sociales y jurídicos. Aducen que esta decisión, si bien puede generar situaciones complejas en el corto plazo, respeta el diseño institucional republicano y promueve la búsqueda de soluciones legislativas integrales²².

Desde otro punto de vista, autores como Andrés Gil Domínguez y Marisa Herrera han criticado duramente el voto mayoritario. Para ellos, la disidencia de Maqueda plantea un enfoque que se proyecta mucho más allá del caso concreto en torno a una perspectiva

19 CSJN, 22/10/2024, “S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación”. (Fallos: 347:1527). Voto H. Rosatti (cons. 8).

20 CSJN, 22/10/2024, “S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación”. (Fallos: 347:1527). Voto J. C. Maqueda (cons. 11).

21 CSJN, 22/10/2024, “S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación”. (Fallos: 347:1527). Voto J. C. Maqueda (cons. 14).

22 MEDINA, Graciela y FLORES MEDINA, Pablo. “La gestación por sustitución en Argentina: Análisis del fallo de la CSJN en el caso “S., I. N. c/ A., C. L.””. Rubinzal-Culzoni. Cita: RC D 593/2024.

fundamentada en la fuerza normativa de los derechos fundamentales y los derechos humanos. Su interpretación, basada en el respeto a la autonomía personal y la dignidad humana atravesadas por el principio rector en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes como es el interés superior del niño, se erige como una alternativa que responde a la falta de regulación específica sobre esta práctica en el ordenamiento jurídico argentino. Esta postura no solo permite dar una respuesta adecuada a los casos que actualmente llegan al sistema judicial, sino que también, abre la puerta a estrategias judiciales futuras. Afirman que los argumentos de Maqueda proveen una base sólida para que los jueces y juezas consideren las particularidades de cada caso, sin estar obligados a tener que aplicar interpretaciones restrictivas que contradicen los principios fundamentales y los derechos humanos²³.

Esta explicitación del debate sobre la gestación por sustitución nos permitirá indagar en el próximo apartado sobre las controversias que se suscitan en torno al instituto.

IV. Controversias en torno a la gestación por sustitución

El estado actual de la discusión nos plantea al menos dos controversias cuya armonización no resulta una tarea sencilla.

1. Las tensiones entre la autodeterminación en la decisión de gestar para otro y las vulnerabilidades que pueden condicionar tal decisión

En el precedente citado, la Corte, luego de reconocer que la gestación por sustitución es una técnica reproductiva practicada desde hace varios años en nuestro país, afirma que la omisión del Congreso de la Nación, deja a los jueces la difícil tarea de resolver casos particulares que exigen definir la situación filiatoria de los niños nacidos mediante la utilización de esa práctica reproductiva, dando lugar a pronunciamientos disímiles que generan una inseguridad jurídica para quienes se ven involucrados²⁴.

En la misma línea, agrega el Dr. Ricardo Lorenzetti que hay una cuestión de género que hay que atender, y se trata de la vulnerabilidad social de las mujeres gestantes, que, cuando están en condiciones de pobreza extrema, podrían ser víctimas de una comercialización que las afectaría gravemente²⁵.

De esta forma, el Máximo Tribunal recepta la preocupación evidenciada a partir de una serie de pronunciamientos de primera instancia que denegaron la autorización para la gestación por sustitución con el fundamento de que no se encontraban verificadas las condiciones mínimas para la procedencia de la práctica, en lo concerniente a la gestante²⁶.

23 GIL DOMÍNGUEZ, Andrés y HERRERA, Marisa, “Gestación por sustitución: Un voto en minoría que proyecta el futuro judicial desde el prisma constitucionacional”. Rubinzal-Culzoni. Doctrina online. Cita: RC D 594/2024.

24 CSJN, 22/10/2024, “S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación”. (Fallos: 347:1527). Voto C. F. Rosenkrantz (cons. 7).

25 CSJN, 22/10/2024, “S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación”. (Fallos: 347:1527). Voto R. Lorenzetti (cons. 18).

26 Véase: Juzgado de Familia de 1a Nominación de Córdoba, 07/06/2023, “W., B. – C., L. E. – R. T., D. S. s/ Solicita homologación - Ley 10.305”, Cita: TR LALEY AR/JUR/105288/2023. En este caso, la magistrada rechazó el pedido de homologación del acuerdo presentado por la Sra. B. W. (comitente), el Sr. L. E. C. (comitente) y la Sra. D. S. R. T. (gestante), con el objeto de que el centro médico interviniente pueda realizar la técnica de reproducción humana asistida denominada gestación por sustitución, siendo destinataria de la transferencia embrionaria la Sra. R. T. quien llevará a cabo el embarazo. Para así decidir el tribunal tuvo en cuenta que, si bien la Sra. R. T. “...tiene cierto ánimo solidario o “deseo de ayudar” a la Sra. W., el eje de su motivación es el económico, posicionándose claramente como una persona en situación laboral no circulando absolutamente ningún tipo de afectividad en la triada solicitante. La dicente no hace referencia a atisbos morales ya que no es su incumbencia indagar qué lleva a las personas a realizar tal o cual cosa siempre que se desarrolle en el ámbito de la legalidad; pero sí debe el Estado preservar y

Un análisis pormenorizado de la plataforma fáctica del caso en comentario permite advertir que nos encontramos frente a una de esas hipótesis en las que las mujeres acceden a gestar por otro con el objetivo de obtener algún tipo de retribución que le permita subvenir sus necesidades económicas.

Señala la magistrada que, al ser consultada por la profesional interviniente sobre los motivos de su decisión, la gestante -tras alegar fines altruistas- se refirió a una compensación económica útil para satisfacer dos necesidades elementales: vivienda y transporte. Precisa la resolución que: *“...la nombrada mencionó la necesidad de adquirir un vehículo que le permitiera desplazar de manera segura a todo su grupo familiar compuesto de seis personas, y también comentó la posibilidad de comprar un terreno para poder construir su propia vivienda”*.

Este relato pone de manifiesto un escenario que se repite con peligrosa asiduidad: situaciones en las que la capacidad de decisión de la persona gestante puede verse atravesada por un cúmulo de circunstancias vinculadas a las condiciones materiales de vida, susceptibles de colocar a quien decide gestar para otros/as en una situación de vulnerabilidad de suficiente trascendencia como para condicionar o, incluso, determinar su decisión.

En este sentido se ha pronunciado la Relatora Especial de Naciones Unidas que, en su informe sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, señala que: *“25. Las madres sustitutas son especialmente vulnerables a la explotación y la violencia durante todo el proceso de reproducción subrogada si no pueden llegar a fin de mes o tienen deudas. Si bien hay algunas sustitutas altruistas con formación académica y estabilidad económica y pueden haber tenido experiencias positivas, las que proceden de entornos más empobrecidos, que son la mayoría, carecen de la misma capacidad para expresar su disconformidad o revelar los perjuicios que sufren”²⁷*.

2. La mercantilización de los derechos de los niños nacidos como consecuencia de una gestación por sustitución

Otro punto que ha suscitado debate es el referido a la lógica contractualista que subyace en la génesis de la gestación por sustitución y que, en ocasiones, revela una flagrante violación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes involucrados.

No debe perderse de vista que la Convención de los Derechos del Niño²⁸ produjo un

garantizar el respeto irrestricto de derechos fundamentales a personas en situación de vulnerabilidad evitando así un daño o consecuencias disvaliosas...”; agregando que “...la presunta gestante no está siendo plenamente libre para dicha decisión, su voluntad se encuentra afectada por la multiplicidad de conflictos y problemas de índole socioeconómico que atraviesa y observa en la técnica una forma de salir de ello... Desde la perspectiva de los actos jurídicos, es evidente que D. no logra prestar su consentimiento libre y pleno, sino que las afectaciones de múltiples vulnerabilidades hacen que la circunstancia de llevar adelante una gestación parezca una opción a fin de lograr compensar dicho padecimiento. Lejos se encuentra de una actitud empoderada que la autodefinía como persona en pleno uso de sus libertades asumiendo las consecuencias de dicha experiencia o práctica. Prueba de ello es que en la audiencia referenció “hacer lo que digan ellos”, cuando se le interrogó respecto a si tenía claro lo que sucedería cuando naciera la persona producto del embarazo... Se advierte también poca información y poca claridad en la técnica, en las consecuencias y posibles complicaciones propias de dicho proceso, no contando con la pareja comitente como un referente de contención, amorosidad, afectividad, compromiso y solidaridad. Justamente, no subyacen lazos solidarios, solo una contraprestación económica ante la posibilidad de llevar adelante dicho embarazo...”

27 Asamblea General de Naciones Unidas. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias. Las distintas manifestaciones de violencia contra las mujeres y las niñas en el contexto de la reproducción subrogada. Fecha 14/7/2025. Disponible en: <https://docs.un.org/es/A/80/158>. Última consulta: 14/11/2025.

28 En forma alternativa CDN.

cambio copernicano en la concepción jurídica de los NNA al propiciar el tránsito desde el paradigma de la situación irregular al paradigma de protección integral. Los NNA son sujetos de derecho y la República Argentina, en virtud de sus compromisos internacionales y del principio de efectividad contemplado en el art. 4 de la CDN, debe adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos a dicho colectivo.

Persuadida de ello, en su resolución, la magistrada señala que la gestación por sustitución plantea múltiples desafíos jurídicos y éticos, los cuales se agravan profundamente en casos como el que nos ocupa en donde un niño ha sido abandonado al momento de su nacimiento.

Al respecto, el mencionado informe sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, señala: *“50. Una de las preocupaciones inherentes a la reproducción subrogada se deriva de la programación contractual de la separación entre la mujer y el hijo que gesta, lo cual acarrea el riesgo de tratarlo como objeto pasivo de un acuerdo entre adultos o como una mercancía. Esa es la diferencia entre la reproducción subrogada y la adopción, ya que esta última se centra en las formas de salvaguardar el interés superior de un niño ya existente. La intención de la separación resulta especialmente problemática dada la importancia del lazo afectivo entre la madre y su hijo durante el embarazo para el desarrollo mental y emocional del niño. Al retirar repentinamente a un recién nacido puede menoscabarse el desarrollo temprano del apego del niño, lo cual afecta a su regulación emocional y a su crecimiento. Además, como muchas agencias de reproducción subrogada exigen que la futura sustituta ya sea madre de al menos un hijo, esa separación también crea confusión entre sus hijos ya existentes, que ven que su madre está embarazada, pero no pueden esperar tener un hermano. 51. Las niñas también pueden ser víctimas de abortos selectivos en función del sexo, ya que en los contratos de reproducción subrogada a veces se incluyen cláusulas de “reducción selectiva” basadas en el sexo del niño. Se da una situación similar en el caso de los niños con discapacidad. Incluso hay agencias de reproducción subrogada que prometen que “si la imperfección se manifiesta posteriormente en el embarazo, se garantiza la interrupción de este mediante el aborto”²⁹.*

El caso da cuenta de esta problemática. Luego de analizar la complejidad de la práctica, la magistrada señaló que el abandono pone en crisis la finalidad primaria de la gestación por sustitución, que es la concreción del deseo de la maternidad por parte de la comitente y el aseguramiento del derecho del niño a una familia.

Indicó que el abandono constituye una vulneración directa a la dignidad humana y desnuda una realidad que incomoda y que sin dudas causa perplejidad: en algunos casos, la gestación por sustitución puede ser tratada como una transacción, una mercancía sujeta a la aceptación de condiciones previas, como el estado de salud de un bebé o las circunstancias personales cambiantes de los comitentes. Pero lo real y cierto es que la vida no es un producto, un niño no es un objeto que debe cumplir ciertas expectativas y que, en casos extremos, puede ser rechazado si no se ajusta a lo acordado. Cada niño, sin importar como ha sido concebido, es un sujeto de derecho y merece respeto, cuidado y amor.

29 Asamblea General de Naciones Unidas. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias... ob. cit.

Agregó que cosificar a un niño es negar su humanidad desde el inicio, es verlo como un resultado de una inversión económica, como un bien que debe satisfacer al cliente, no como un sujeto de derechos, emociones y dignidad propia. Este enfoque despoja al niño de su valor intrínseco como ser humano y lo coloca en un sistema de lógica de mercado, donde puede ser aceptado o descartado, deseado o devuelto, como si fuera un objeto defectuoso.

Lo cierto es que, como señala la magistrada, ningún niño debería cargar con la presión de haber sido “esperado” sólo bajo ciertas condiciones, y ninguna sociedad debería permitir que el deseo de ser padre o madre -por más legítimo que sea- se imponga sobre el derecho del niño a ser tratado con respeto, amor y como un sujeto de derecho, no como medio para la realización personal de otros; nunca un niño puede ser tratado como un encargo.

V. El sistema de protección integral de NNA y la declaración de la situación de adoptabilidad. Discusiones sobre el encuadre normativo

Un aspecto sumamente relevante de la resolución es el referido al encuadre normativo de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad del niño nacido producto de una gestación por sustitución. Al respecto, disienten el órgano administrativo de protección de derechos y la magistrada interviniente.

A los fines de contextualizar este contrapunto presente en la resolución que se comenta, resulta pertinente recordar que el sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes es un mecanismo mixto administrativo judicial de actuación coordinada que establece un conjunto de obligaciones individuales, colectivas y estatales, y un deslinde de competencias y funciones entre los diferentes actores involucrados a los fines de garantizar el desarrollo armónico de las personas menores de edad, fomentar su autonomía, evitar la vulneración de sus derechos o bien, articular el inmediato restablecimiento de los que hubieren sido afectados.

En este sistema mixto, el órgano de aplicación es el encargado de disponer medidas de protección de derechos mediante la aplicación de políticas públicas (arts. 6, 7, 37, 40, 41, 42 de la ley 9944); en tanto, la actuación del Poder Judicial se circunscribe al control de la legalidad de las medidas de tercer nivel (arts. 48, 53 y 56 de la ley 9944).

Estas últimas implican la separación temporal o permanente del NNA de su medio familiar y por ello son de carácter excepcional. Tienen por objeto la conservación o recuperación del pleno ejercicio y goce de los derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias, cuando lo exige su interés superior (arts. 3 y 48 de la ley 9944). Por su carácter excepcional, deben ser revisadas periódicamente y sólo pueden ser prorrogadas mientras persistan las causas que le dieron origen; mientras que la revisión judicial se erige como una garantía para la defensa de los derechos de las personas involucradas y exige la comprobación de que la medida ordenada en la órbita administrativa respeta el procedimiento previsto por la legislación (arts. 31 y 49 de la ley 9944) y responde a criterios de oportunidad y proporcionalidad, es decir, que la medida dictada guarda relación adecuada con el caso concreto, resulta la más idónea entre todas las disponibles y conlleva mayores beneficios³⁰.

30 GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, María V. y HERRERA, Marisa; “Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Derecho constitucional de familia. Comentada anotada y concordada”, Ediar, Buenos Aires, 2012.

La declaración de adoptabilidad importa el desarrollo de un procedimiento que investiga si entre determinada persona y su familia biológica se agotaron todas las medidas posibles para la continuidad del desarrollo conjunto en la vida familiar. Se formaliza con la sentencia que da por agotadas las acciones tendientes a la permanencia del niño en la familia de origen y ante un desamparo acreditado que se dilucidó con las garantías procesales para todos los intervinientes. Al igual que la privación de la responsabilidad parental -cuando la misma se dispone respecto de ambos progenitores- tiene como consecuencia la inserción del niño, niña o adolescente en otro grupo familiar³¹.

El art. 607 del CCCN prevé tres supuestos de declaración judicial de la situación de adoptabilidad. Señala la norma que la misma se dicta si:

a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada;

b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento;

c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

Agrega la norma que la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días.

En el caso, la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia -al dictaminar sobre la declaración de adoptabilidad del niño- encasilla la hipótesis en el inciso c. del art. 607 del CCCN, mientras que la magistrada estima que se corresponde encuadrarla en el inciso b. Para ésta última, se trata de aquellos casos en los que los progenitores han tomado la decisión libre e informada de que el niño sea adoptado. Este posicionamiento no es menor, pues exige verificar la concurrencia de los requisitos de procedencia que esta particular hipótesis plantea.

En este contrapunto, le asiste razón a la magistrada. Pues, ello se corresponde con la posición sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “S., I. N. c/ A., C. L. s/ Impugnación de filiación” al que nos referimos en los acápites precedentes. El voto mayoritario precisó que el artículo 562 del CCCN resulta aplicable a estos casos y que los nacidos bajo las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz

31. HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián; “Código Civil y Comercial Comentado”, Infojus, Buenos Aires, 2015, Tomo II, pág. 400-402.

del hombre o de la mujer que prestó su consentimiento previo, informado y libre³².

Este escenario revela que lo relevante, en estos supuestos, es la voluntad de la gestante y de la comitente, quien prestó su consentimiento previo, libre e informado. Por ello, la negativa de la gestante a asumir la maternidad y el desistimiento de la comitente se erigen como la causa eficiente de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad del niño (art. 607 inc. b del CCCN).

De ello se deriva que la autoridad judicial deberá verificar: 1) Que la voluntad de la gestante es definitiva. Ello exige su ratificación ante un juez/a en una audiencia celebrada al efecto en un plazo no menor a 45 días posteriores al nacimiento, de conformidad con las previsiones del art. 607 inc. b del CCCN³³; y 2) Que esa decisión sea libre, lo que exige contar con información suficiente, completa, clara, precisa y detallada respecto a sus derechos, alternativas, posibilidades y cursos de acción. No se puede optar por aquello que no se conoce³⁴.

La ley exige una expresión de voluntad, clara, precisa y directa, posterior al nacimiento y luego de transcurrido cierto tiempo. El ordenamiento de fondo persigue que la autoridad judicial, a través del contacto personal con las partes, verifique si subsiste esa voluntad inicial y cuáles son las razones de la decisión.

En el caso, la gestante si bien al principio mostró una marcada ambivalencia en sus posiciones, se decantó por la negativa a asumir los cuidados del niño. De sus propias manifestaciones surge que tras el período del puerperio y con ayuda terapéutica, comprendió todas las circunstancias que rodean al niño. Señaló que maternar nuevamente no estaba en su proyecto de vida.

De los informes técnicos incorporados a la causa se desprende que la gestante *“...presenta un juicio conservado y conciencia de situación, orientada en tiempo y espacio, por lo cual su voluntad de desprendimiento se escucha como un legítimo deseo que pone al resguardo al niño de referencia, contemplando la garantía de sus derechos en una familia adoptiva”*.

Por otro parte, respecto a la comitente, la magistrada indica que *“...nunca tramitó previamente un pedido de homologación de autorización a fin de la realización de la técnica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución, a los fines de determinar la filiación del niño, la cual se llevó a cabo sin aporte de material genético de la misma. Tampoco se encuentra inscripta conforme lo establece el art. 562 del CCCN en su última parte, por parte del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en la partida de nacimiento del pequeño, circunstancias éstas que tornaron innecesaria su citación al presente procedimiento”*.

De esta forma, verifica la concurrencia de los requisitos de procedencia previstos por el inciso b del art. 607 del CCCN, lo que habilitó, en definitiva, la declaración judicial de la

32 CSJN, 22/10/2024, “S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación”. (Fallos: 347:1527). Voto H. Rosatti (cons. 8).

33 En función del aporte de otras ciencias, la ley toma en consideración un período temporal -que fija en 45 días- para que la manifestación de voluntad sea considerada como prestada libremente. Este recaudo se vincula con los desajustes emocionales que provocan el embarazo y el parto, principalmente en la mujer, conocido como puerperio. Si bien no todas lo padecen, lo cierto es que la regla legal tiene un sentido preventivo. GONZÁLEZ DE VÍCEL, Mariela, comentario al art. 607, en HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián, “Código Civil y Comercial comentado”, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2014, t. II, p. 404.

34 En este sentido: CSJN, 13/08/2024, “P., M. B. s/ medidas precautorias” (Fallos: 347:924).

situación de adoptabilidad del niño nacido como consecuencia del acuerdo gestacional.

VI. A modo de conclusión

Como puede apreciarse, el caso analizado, al igual que muchos otros, evidencia la complejidad de la práctica, los dilemas ético-jurídicos que subyacen en la discusión y, como anticipamos, la necesidad de un análisis profundo y circunstanciado para su regulación a efectos de garantizar la dignidad y los derechos fundamentales de todas las personas involucradas.

El estado actual de la discusión plantea serios desafíos en lo referido a la condición de vulnerabilidad de las personas que acceden a gestar por otros para subvenir sus necesidades económicas y a los riesgos de que la lógica contractualista propia de los acuerdos gestacionales provoquen una mercantilización de los derechos de los niños nacidos como consecuencia de la práctica, lo que luce incompatible con su consideración como sujetos de derecho.

Los casos de gestación por sustitución, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que niega la existencia de un vacío legal, deben ser encuadrados en el artículo 562 del CCCN que establece que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre.

De ello se deriva que lo relevante, en estos supuestos, es la voluntad de la persona gestante y de la persona comitente, que prestó su consentimiento previo, libre e informado. Por lo que, la hipótesis más adecuada para la declaración judicial de la situación de adoptabilidad del niño nacido como consecuencia de la práctica es la prevista en el inciso b del art. 607 del CCCN.

Por último, sólo resta señalar que nuestro país merece un amplio debate democrático que contemple en forma consistente los aspectos éticos, jurídicos, sociales, económicos y sanitarios que involucra la gestación por sustitución, por lo que luce atinada la puesta en conocimiento de la resolución al Poder Legislativo de la Nación para que valore la posibilidad de regular el instituto y, de esa forma, evite que situaciones como las expuestas en el caso vuelvan a acontecer.



Fallo

Tribunal de Gestión Asociada de Niñez, Adol., Viol. Fam. y de Género - UD1, 22/07/20205, "M., B. L. CONTROL DE LEGALIDAD (LEY 9944 ART. 56)"

SENTENCIA N°: SIETE. Córdoba, veintidós de Julio del año dos mil veinticinco. Y VISTOS: Los autos caratulados "M., B. L. - CONTROL DE LEGALIDAD (LEY 9944 - ART. 56)" Expte. N° xxxxxxxx, que tramitan ante esta Unidad de Jueza N° 1 del Tribunal de Gestión Asociada de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género, traídos a despacho a fin de resolver la legalidad de la medida excepcional de protección de derechos, como así también su posterior cese y dictamen de situación de adoptabilidad, dispuestos por la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia (en adelante Se.N.A.F.), en relación al niño B. L. M., D.N.I. N° xxxxxxxx, nacido en la Ciudad de Córdoba el día 17 de noviembre del año 2024, hijo de L. E. M., DNI N° xxxxxxxx, sin otra filiación, conforme surge del acta de nacimiento incorporada electrónicamente en la operación de fecha 10/02/2025, atento las atribuciones conferidas por los arts. 48, 55, 56, 57 y 64, inc. "a" de la Ley Provincial N° 9944 y Art. 609, inc. "a" del Código Civil y Comercial de la Nación. De los que resulta que: 1) Con fecha 8 de enero del año 2025, José Daniel Pérez -en su carácter de responsable de las funciones inherentes a la Dirección de Asuntos Legales de la Se.N.A.F., comunica la adopción -con fecha doce de diciembre del año dos mil veinticuatro- de una medida de protección de derechos aprobada por la Lic. Mónica Manrique, Responsable del Servicio Zonal 4 y con la supervisión de la Lic. Flavia Vitali, en carácter de Responsable de los Equipos Técnicos de la Dirección de Protección de Derechos, en relación al niño B. L. M., nacido bajo la práctica de TRHA. A los fines de la conservación de sus derechos y reparación de consecuencias habidas, el niño fue resguardado en un primer momento en el Sanatorio Allende, atento su delicado estado de salud y una vez otorgada su alta médica, se debió recurrir a una familia de acogimiento del Programa Familias Para Familias. 2) El día 17 de febrero del corriente año, se aboca la suscripta al conocimiento de las presentes actuaciones; se da intervención al Representante Complementario, conforme lo dispone el art. 103 CCCN y se fija la audiencia que prescribe el art. 56 de la Ley 9944 con el niño B. L. M., acompañado por la familia de acogimiento integrada por la Sra. J. G. P., en presencia de la Representante Complementaria. 3) Con fecha 19 de febrero del año 2025 se oficia al Juzgado Civil N° 25 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Fiscal Federal de la Fiscalía N° 1 de la Ciudad de Córdoba, poniendo en conocimiento el inicio de los presentes obrados, a los fines que pudiere corresponder. 4) Con fecha 11 de marzo del año en curso se celebra la audiencia con el niño B. L. M., junto a la Sra. J. G. P., y la Defensora Pública de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género del Primer Turno, Abg. Griselda Martínez, en carácter de Representante Complementaria. 5) El día 24 de febrero del corriente año se fija audiencia de ley con la Sra. L. E. M., con patrocinio letrado y en presencia de la Sra. Representante Complementaria. 6) En la operación electrónica de fecha 21 de marzo del año 2025, obra Dictamen N° 016/2025 y nota de elevación del mismo, fechada cinco de idéntico mes y año, suscriptos por José Daniel Pérez, en su carácter de responsable de las funciones inherentes a la Dirección de Asuntos Legales de la Se.N.A.F., mediante los que se comunica el cese de la medida de excepcional oportunamente dispuesta con relación al niño B. L. M., como así también peticiona la declaración de su situación de adoptabilidad en virtud de lo prescripto por el art.607, inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación. Se acompaña documental que sirvió de basamento a la solicitud. 7) Con fecha 31 de marzo del corriente año, se recepta audiencia de ley con la Sra. L. E. M., con la asistencia jurídica gratuita de la Ab. Mariana Machur, Auxiliar de la Defensoría Pública de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de

Género del Segundo turno, y la Defensora Pública de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género del Primer Turno, Ab. Griselda Martínez, en carácter de Representante Complementaria. 8) El día 7 de abril del corriente año, la Representante Complementaria evacúa la vista que le fuera corrida. 9) Firme y consentido el proveído de autos, quedan las presentes actuaciones en estado de ser resueltas. Y CONSIDERANDO: I) Que este Tribunal de Gestión Asociada de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género – Unidad de Jueza N° 1, debe pronunciarse - en el marco del control de legalidad- en relación a la medida excepcional de protección de derechos dispuesta por la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (en adelante Se.N.A.F), respecto del niño B. L. M., como así también, respecto a la legalidad del cese de la medida de tercer nivel y su consecuente declaración en situación de adoptabilidad. II) Este Tribunal es competente para ello conforme lo dispuesto por los Arts. 39 y 40 de la Ley Nacional N° 26.061, Arts. 55, 56, 57 y 64 inc. "a" de la Ley Provincial N° 9944 y Art. 609 inc. "a" del Código Civil y Comercial de la Nación. III) Previo a ingresar al análisis de las cuestiones traídas a estudio, resulta oportuno establecer un marco legal y conceptual que guíe el razonamiento de acuerdo con la normativa vigente, tanto internacional como nacional y provincial. Esta base nos permite contextualizar la situación fáctica en relación con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, asegurando que el proceso de toma de decisiones respete los principios fundamentales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, es fundamental destacar que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3, establece que "en toda medida que involucre a un niño, su interés superior debe ser una consideración primordial". Asimismo, el artículo 4 dispone que "los Estados Partes deben adoptar las medidas legislativas, judiciales y de otra índole necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención" y por su parte, el artículo 20 establece que: "los niños que temporal o permanentemente sean privados de su medio familiar, o cuyo interés superior requiera que no permanezcan en ese medio, tienen derecho a la protección y asistencia especial del Estado". En el marco de estas directrices internacionales, cabe resaltar que, a nivel nacional, la ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 determina la satisfacción del interés superior del niño como un indicador de su condición de sujeto de derechos. Esta ley también establece el derecho excepcional de los niños a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva conforme a la ley (arts. 3 y 11 Ley N° 26.061). De acuerdo con esta línea de pensamiento, las disposiciones legales de la Ley Provincial N° 9944 enumeran los principios, derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, los cuales son similares a los contemplados en la ley nacional. Asimismo, la ley desarrolla el sistema de promoción y protección integral, especificando su aplicación procesal y enumerando los órganos judiciales responsables de ejecutar dicho procedimiento. En consonancia con lo citado, resulta pertinente mencionar que, en el marco del Sistema Integral de Protección de Derechos, la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (Se.N.A.F.) es la autoridad de aplicación de la Ley 9944 y del Sistema de Promoción y Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la Provincia de Córdoba. Así, conforme lo dispuesto por el art. 6 de la citada ley, la Se.N.A.F. se ocupa de adoptar medidas y acciones que logren satisfacer los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes cuando se encuentren vulnerados, afectados o pendientes de satisfacción y asimismo, de poder lograr el goce y disfrute de aquéllos, intentando priorizar los vínculos con las familias nucleares y comunitarias. Dicho ente administrativo, conforme lo dispuesto por el art. 42 del mismo cuerpo normativo, tiene la potestad de sustituir, modificar o revocar las medidas de protección de derechos adoptadas, cuando las circunstancias que le dieron

fundamento hayan variado o cesado. Respecto a la conceptualización y a los criterios de aplicación de las medidas excepcionales de protección de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, el art. 48 de la mencionada ley las define como: "Aquéllas que se adoptan cuando las niñas, niños o adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio". Conforme a ello, es la Autoridad de Aplicación, a través de sus dependencias autorizadas a esos fines, la única facultada para disponer los egresos de los niños, niñas y adolescentes que hayan sido privados de su centro de vida, cualquiera fuere el ámbito en que se encontraran albergados, como así también de las innovaciones a la medida excepcional que oportunamente hubiere dispuesto (art. 48, último párrafo de la mencionada ley). En este contexto, corresponde al órgano jurisdiccional controlar la legalidad, oportunidad y conveniencia de las medidas excepcionales adoptadas, dentro del amplio margen de facultades otorgadas a la Se.N.A.F. Este control judicial no se limita a verificar el cumplimiento de las normas jurídicas preestablecidas, sino que también requiere asegurar que la decisión adoptada se oriente siempre hacia la máxima satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados. Ahora bien, en las presentes actuaciones, el control de legalidad que corresponde hacer sobre las medidas dispuestas por el órgano administrativo tienen como protagonista a un niño gestado a través de una Técnica de Reproducción Humana Asistida, por una mujer en el marco de un acuerdo de gestación por sustitución con una persona comitente - que conforme lo informado por Se.N.A.F. - al momento de su nacimiento prematuro, se desentendió del mismo. Por su parte, la gestante expresó su voluntad de no ejercer funciones parentales ni asumir su cuidado, quedando el niño en una situación de extrema vulnerabilidad y sin cuidados parentales, configurándose una situación de total desamparo que requirió la urgente intervención del órgano de protección. En este contexto, nos encontramos ante un supuesto sin antecedentes en el Fuero de Niñez de Córdoba, por lo cual deviene ineludible, en primer lugar, realizar un breve análisis de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ya que las mismas constituyen el marco científico y jurídico que da sustento a las diversas formas contemporáneas de procreación y su comprensión resulta esencial para interpretar adecuadamente la figura de la gestación por sustitución o también denominada gestación por subrogación. En nuestro país, la filiación por técnicas de reproducción humana asistida es una de las principales incorporaciones a la última reforma realizada al Código Civil y Comercial, esto es, la inclusión de una tercera fuente de filiación, además de la filiación por naturaleza y por adopción, que permite "...la disociación entre el elemento biológico, el genético y el volitivo, cobrando primacía este último..." (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Marisa Herrera -Gustavo Caramello - Sebastián Picasso, Tomo II, Libro Segundo, 1era. Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pág. 282.) Estas técnicas se clasifican de acuerdo a su complejidad, en técnicas de baja complejidad (Inseminación) y de alta complejidad (in vitro e ICSI). Asimismo, la fertilización puede ser clasificada en homóloga, si se utiliza material genético de la propia pareja; o heteróloga, si el material genético proviene de la donación de un tercero, que puede ser anónimo o conocido. Cabe destacar que, previo a la entrada en vigor de la última reforma al mencionado cuerpo normativo, ya se había dictado una ley específica que tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (Ley de Reproducción Médicamente Asistida N° 26862 del año 2013), y su reglamento, decreto 956/2013 del cual se desprende que " Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de

un embarazo. (...) Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos” La Gestación por sustitución o también denominada subrogación de vientre, en cuanto tratamiento o procedimiento para la consecución de un embarazo, es considerada un TRHA de alta complejidad, incluida entre las técnicas que el glosario de la Organización Mundial de la Salud define como tales. El mismo, menciona comprendidos entre las técnicas de reproducción asistida a “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado solo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y el útero subrogado” (cf. Glosario publicado en <https://maternidadsubrogada.com.ar/glosario-reproduccion-asistida-organizacion-mundial-salud/>) Estamos en condiciones de decir entonces que, dentro de lo que se entiende por las técnicas de reproducción humana asistidas, encontramos a la gestación por sustitución, mediante la cual una mujer (gestante) lleva a término un embarazo en su vientre a pedido de otra persona o pareja. La doctrina la ha definido como “...una TRHA en virtud de la cual una persona que carece de voluntad de matemar/paternar gesta un embrión para otra/s que presenta/n el deseo de afiliar a la niña/o que pudiera nacer. La misma se conforma a partir de un acuerdo de voluntades en el que concurren dos requisitos de fondo: uno positivo, que es la manifestación de voluntad procreacional de la/s persona/s que recurren a esta práctica y otro negativo, que reside en la declaración de ausencia de tal voluntad de la gestante.” (Mariana De Lorenzi, “Rompiendo cadenas. Género y Gestación por Sustitución” en Tratado de Géneros, Derechos y Justicia, de Marisa Herrera – Silvia Eugenia Fernández – Natalia de la Torre, directoras generales y Carolina Videtta – Coordinadora general) Tomo I, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2021, pág. 390 y 391) Ahora bien, las TRHA en nuestro Código Civil se encuentran reguladas en los artículos 562 a 564, sin embargo, la gestación por sustitución, si bien es considerada una TRHA extraordinaria, no se encuentra expresamente contemplada ni regulada en nuestro ordenamiento jurídico. En este punto, resulta importante destacar que el Anteproyecto de Código Civil y Comercial que, en el año 2012, elaboró la comisión de juristas encabezada por Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, había incluido de manera expresa la regulación de la gestación por sustitución como un supuesto especial de TRHA que requería, dado su complejidad, un proceso judicial previo a los fines de homologar los consentimientos de todas las partes intervinientes y determinar la filiación del niño nacido por este procedimiento. El mencionado anteproyecto reglamentaba la figura en cuestión estableciendo una serie de requisitos taxativos que debían llevarse a cabo para que pudiera prosperar un embarazo de este tipo. Sin embargo, la disposición fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores. El artículo en cuestión establecía: “ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley

especial, se acredita que: a. se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b. la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c. al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d. el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e. la gestante no ha aportado sus gametos; f. la gestante no ha recibido retribución; g. la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h. la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.” Vemos entonces cómo la figura de la gestación por sustitución no encuentra mención expresa en nuestro ordenamiento jurídico, planteando múltiples desafíos jurídicos y éticos, los cuales se agravan profundamente en casos como el que nos ocupa en donde un niño ha sido abandonado al momento de su nacimiento. Sin embargo, tampoco es una práctica prohibida, quedando el tema y cada supuesto, sujeto a la discrecionalidad judicial. Como consecuencia de ese mutismo legal y falta de regulación, en la actualidad existe una prolífera jurisprudencia sobre la temática, que incluso ha llegado hasta el conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dentro de este análisis, no podemos dejar de mencionar la particular reglamentación que rigió en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante algunos años, la cual tuvo su origen a partir de una sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (10/08/2017) que hizo lugar a una medida cautelar, ordenando al Registro Civil y Capacidad de las personas de CABA “que inscriba provisionalmente a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad realizados en el país”, denominados de gestación solidaria, a favor de los comitentes con voluntad procreacional, conforme el consentimiento previo, libre e informado expresado por éstos, y sin emplazar como progenitora a la gestante que expresó previa y fehacientemente no tener voluntad procreacional. A la luz de esa cautelar, el Registro Civil dictó tres disposiciones: Disposición N° 93/DGRC/17 del 13/10/2017; Disposición N° 103/DGRC/17 del 26/10/2017 y Disposición N° 122/DGRC/20 de 30/04/2024, las que se aplicaron hasta la Disposición 24/2024 que suspendió su vigencia. Esta última, se basó en lo resuelto por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 8, que dejó sin efecto la medida cautelar colectiva. IV) Una vez delimitado el marco normativo y conceptual pertinente a esta causa, corresponde ahora sí, ingresar al análisis de los elementos de convicción incorporados válidamente al proceso que dieron sustento a las medidas dispuestas por el Órgano de aplicación (Se.N.A.F) a) Informe técnico elaborado por la Lic. Lorena S. Mazzaglia (15/12/2024): De la pieza informativa que sustenta la adopción de la medida de tercer nivel adoptada por el Órgano Administrativo, surge que el equipo interviniente tomó intervención a partir de la puesta en conocimiento por parte de la Lic. María Inés Gianola, Trabajadora Social del Área de Trabajo Social del Sanatorio Allende, de la situación del recién nacido, quien se encontraba internado en el nosocomio. De lo informado por la licenciada surge que el pequeño niño habría nacido bajo la práctica de gestación por subrogación, siendo la gestante la Sra. L. E. M., y presuntamente la comitente o madre con voluntad procreacional, la Sra. C. V., de nacionalidad francesa y con domicilio en la República Francesa. Del mencionado documento surge la situación de vulnerabilidad del recién nacido, en tanto se encontraba sin cuidados parentales, en virtud de que “...la gestante no se constituye desde su relato, en alternativa de cuidado del mismo, no contando con resolución ni sentencia judicial que acredite el vínculo jurídico del niño con la Sra. V., encontrándose asimismo vulnerado el derecho a la identidad, inscripción y documentación del niño, entre otros...” (SIC). Asimismo, la Lic. Lorena Mazzaglia (perteneciente al equipo

interviniente de la Se.N.A.F.) destaca que se recibió un informe médico del recién nacido, suscripto por el Dr. Luis Ahumada, Jefe de Neonatología del Sanatorio Allende, donde se detalló el estado de salud del pequeño luego de su nacimiento prematuro, el cual presentó varias complicaciones, tales como dificultad respiratoria, hemorragia intraventricular, neumotórax derecho e hiperbilirrubinemia leve. A pesar de estas complicaciones, el informe concluyó que el bebé estaba mejorando y no presentaba riesgos de secuelas a largo plazo. En el marco de lo dispuesto por el art. 46 segundo y tercer párrafo de la Ley 9944, el equipo interviniente procedió a entrevistar a la Sra. L. M. La nombrada refirió convivir junto a su pareja, el Sr. D. D., y sus cuatro hijos menores de edad. Seguidamente, describió que en el año 2022 había tomado contacto con la agencia "xxxxxxx" y que, a partir de esto, habían dialogado con su pareja sobre la posibilidad de convertirse en "madre solidaria", habiendo ambos miembros de la pareja estado de acuerdo en iniciar el proceso. Al ser consultada por la profesional interviniente sobre los motivos de esta decisión, la Sra. M. hizo mención, por un lado, a la posibilidad de ayudar a otros padres a convertirse en una familia; y por otro lado, a la recepción de una compensación económica que le facilitaría ciertos accesos. En este sentido, la nombrada mencionó la necesidad de adquirir un vehículo que le permitiera desplazar de manera segura a todo su grupo familiar compuesto de seis personas, y también comentó la posibilidad de comprar un terreno para poder construir su propia vivienda. Al ser consultada, refirió haberse contactado con la agencia, en primer lugar, vía mensajes, los cuales habrían sido respondidos de manera inmediata por la Abogada M. E. N. Según lo manifestado por la Sra. M., dicha profesional le habría indicado que en Argentina no existía una ley que regulara esta práctica, que había un gris, que no estaba ni permitida ni prohibida. Asimismo, destacó que la abogada le habría informado sobre la existencia de un decreto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que permitía inscribir a los niños a nombre de quienes tienen voluntad procreacional. La Sra. M. relató que la abogada le manifestó que "...había muchos papás que no pueden convertirse en padres por diferentes medios, por ser del mismo sexo o distintos inconvenientes... que ahí interveníamos las gestantes para concretar su proyecto familiar y nosotros recibíamos una compensación...que primero teníamos que ser madres para saber sobre los riesgos a la salud... que yo y mi familia íbamos a recibir ayuda psicológica... que iba a tener una acompañante cuando esté a punto de tener al bebé... que ellos pagaban una niñera o a mi esposo para que él falte al trabajo para cuidar a los niños..." (SIC). Sumado a ello, la Sra. M. comentó que una de las condiciones que le imponía la agencia era la de viajar a Ciudad Autónoma de Buenos Aires para ciertos estudios médicos, la transferencia embrionaria y el parto. En lo que respecta a la compensación económica, la entrevistada mencionó que en un primer momento (Año 2023) el monto era de 15.000 USD, más 1.800 USD para gastos de ropa y demás. Refirió que, además, formaba parte del acuerdo el pago por parte de la agencia de un seguro de vida y de la cobertura médica por parte de una prepaga. Con relación a los controles médicos, la Sra. M. señaló haber solicitado la posibilidad de efectuarse algunos en Córdoba, ya que la mayoría eran gestionados en Buenos Aires, accediendo la agencia a esta petición. En cuanto al mecanismo, la entrevistada relató que la agencia les presentaba a los padres de intención diferentes carpetas de gestantes y eran ellos quienes la elegían; en tanto que a las gestantes les aportaban una carta de presentación de los padres de intención que previamente la habían seleccionado, en la cual contaban su historia "... nosotros tenemos que hacer un match... como en las aplicaciones de citas..." (SIC). Cabe destacar que, conforme lo informado, en una primera instancia la Sra. M. inició el procedimiento con una pareja de la Provincia de Corrientes. En el año 2023 se realizó la primera transferencia embrionaria

con resultados positivos. Sin embargo, en la semana doce, la Sra. M. tuvo un aborto espontáneo. Posteriormente, en enero de 2024, se realizó una segunda transferencia para esta pareja, con resultados negativos. La nombrada relató que, en aquel momento, decidió continuar con su proyecto y fue allí cuando la contactaron con la Sra. C. V. Señaló que los embriones fueron realizados en la clínica xxxxx con donante de óvulo y esperma (lo cual surge también del punto 2.3.3 del instrumento de consentimientos informados suscripto por la gestante y comitente, acompañado por Se.N.A.F a los presentes) Que luego de firmado el consentimiento, el día nueve de mayo de dos mil veinticuatro se llevó a cabo la transferencia, con resultados positivos. La Sra. M. puso en conocimiento del equipo de profesionales interviniente que, con la nueva comitente C., el acuerdo en concepto de compensación económica eran 20.000 USD. Con relación a la modalidad de pago, la mencionada refirió que fue pactado como indica el contrato firmado (incorporado en la documental aportada por la Se.N.A.F.) y haber recibido hasta aquella entrevista: 300 USD, abonados al momento de la transferencia de embrión; 500 USD en la semana cuatro; 500 USD en la semana ocho y 500 USD en la semana doce; estos tres últimos pagos en pesos mediante transferencias bancarias a su cuenta en Banco Macro, siendo la remitente la Ab. N. En tanto que con fecha quince de octubre del mismo año, recibió en efectivo la suma de 6700 USD correspondientes a: 500 USD de la semana dieciséis; 500 USD a la semana veinte y 5700 USD a la semana veinticuatro. Según relató la Sra. M., dicha instancia fue concretada en Buenos Aires al momento de viajar para controles médicos. Posterior a eso, la nombrada comentó haber recibido la suma de 500 USD correspondiente a la semana veintiocho, en pesos vía transferencia a su cuenta del Banco Macro. Remarcó que, al momento de la entrevista en la sede del órgano administrativo, se encontraba pendiente de pago la suma de 10.700 USD correspondientes a: 500 USD a la semana treinta y dos; 500 USD a la semana treinta y seis; y 9.700 USD correspondiente al parto. Aclaró que este importe pendiente sería abonado por la Ab. M. E. N. el día en el que ésta tenía prevista su entrevista personal en la sede de la Se.N.A.F. A continuación, la Sra. M. relató que en un principio, al viajar a Buenos Aires, permanecía alojada en un Hotel. Sin embargo, al poco tiempo la agencia adquirió un departamento a los fines de que permanecieran las gestantes del interior durante su estadía en dicha ciudad. Aclaró que ese departamento se ubicaba en el mismo edificio donde funcionaba la Administración de la agencia, lugar en el cual se habrían realizado algunas gestiones administrativas y pagos. Seguidamente, con respecto al pequeño que nos ocupa, la Sra. M. comentó que se encontraba asistiendo regularmente a las visitas del recién nacido. La nombrada señaló que toda su familia conocía sobre el proceso de subrogación y las implicancias de éste. Asimismo, L. afirmó encontrarse al tanto de la decisión de C. de no asumir los cuidados del pequeño, poniendo en conocimiento, la Sra. M. que tampoco era su intención ni estaba en sus posibilidades económicas el asumir los cuidados de un nuevo hijo. Sobre este punto, la nombrada destacó: "...nosotros nos aseguramos que no deseábamos ser padres sino ayudar a otras personas y lo de la compensación era algo que nos venía muy bien... pero no queremos tener problemas legales... en ese momento como estaba en Capital Federal un decreto no había ningún problema... el problema empezó este año cuando yo ya estaba gestando...y ahora que se cayó esa medida cautelar en CABA hace dos meses...pero la abogada me dijo que ella lo iba a resolver haciendo una presentación judicial en ese momento para lo cual firmé un documento el día 15/10/2024...." (SIC). Por otro lado, la Sra. M. reconoció "...el temor de toda gestante es que el papá de intención no lo quiera buscar a su bebe... Ahora me dijo la abogada que C. no lo va a venir a buscar y que no hay precedentes en el mundo de esto...." (SIC). Sumado a ello, agregó: "...No tengo intenciones de pasar de nuevo por lo que viví... no

quería volver a ser mamá otra vez, ahora se me cruzo con mi marido que se quede pero no... no puedo criarlo... todo se nos hace cuesta arriba..." (SIC). En este contexto, la Sra. M. consultó al equipo técnico actuante sobre la posibilidad de que primos hermanos de su marido pudieran responsabilizarse del cuidado del recién nacido, como alternativa de adopción, que le permitiría conocer y estar cerca en su crecimiento. La técnica interviniente remarca que esta consulta la realizó a partir de que fue informada sobre la posibilidad de la permanencia del niño en una Familia de Acogimiento de manera provisoria hasta tanto se resolviera su situación jurídica. Dentro del abordaje administrativo, también se mantuvo entrevista presencial con la Ab. M. E. N., la que refirió ser miembro de la agencia xxxxxxx y apoderada de la Sra. C. V. (Comitente), en el marco de un poder especial otorgado por la misma a su favor, el que sólo habría habilitado a la letrada a representarla en los temas relacionados a la Subrogación, en lo relativo a trámites administrativos y médicos, pero no así judiciales. La abogada aclaró que, para ello se requería de un poder firmado ante Escribano Público de manera presencial y que la Sra. C. V. no se habría hecho presente en nuestro país en ningún momento. En entrevista, la letrada narró que su representada había realizado un tratamiento de fertilidad en la Clínica xxxxx, mediante la ovodonación y donación de esperma, lo que le permitió la creación de embriones. Textualmente, la Ab. N. manifestó que la Sra. V.: "... creó embriones desde Francia... proyecto homoparental con doble donación... no hay ningún vínculo genético... con subrogación transfronteriza... se le presentó a L.... se conocen... creo que quedó embarazada en la segunda transferencia... en ese momento estaban las DISPOSICIONES 122 / 2020 y concordantes del Registro Civil de CABA que permitía inscribir a los niños de forma directa sin necesidad de autorización judicial... estaba encaminado a eso... pero para que se aplique esta disposición tenía que nacer en CABA... Ahí solo se presentaban protocolizados los consentimientos informados en el Registro Civil de CABA... y sale la partida de nacimiento a nombre de los padres intencionales, sin figurar la gestante... pero en septiembre dejó de estar vigente esa disposición... por un fallo del Juzgado Civil 8... por lo que cada caso se tiene que judicializar... Se iba hacer una mudanza a CABA ... las chicas que son del interior pueden mudarse con su familia ...en el xxxxxxx hay un protocolo de subrogación ...hay habitaciones específicas ...los traductores pueden entrar y estar en el parto con los padres... como en la xxxxxx... la Gestante tiene un Seguro de Salud Swiss Medical, pago que lo realiza la madre de intención. La agencia le gestiona seguro de vida, viáticos, acompañamiento psicológico, niñera para turnos médicos, psicológico..." (SIC). aunque algunas chicas no quieren acompañamiento Al ser consultada la letrada sobre cómo era el mecanismo de valoración de la comitente (C. V.), precisó que era la clínica de fertilidad quien realizaba una evolución psicológica de la misma. En tanto que, con relación a la gestante (L. M.), la evaluación psicológica y socio ambiental, habría sido efectuada por profesionales de Córdoba. Con respecto al poder otorgado por la Sra. V., la abogada informó que era sólo un poder administrativo para manejar lo relativo a los embriones. En cuanto a la demanda iniciada ante el Juzgado Civil 25 de CABA, la entrevistada refirió haberla ingresado con fecha veintinueve de octubre del año dos mil veinticuatro, considerando que la fecha probable de parto era el día veinticinco de enero de año dos mil veinticinco. Sin embargo, la letrada manifestó ante el equipo actuante que su intención era renunciar al patrocinio de la Sra. C. V., ante la presunta negativa de esta última de viajar a Argentina para asumir los cuidados del recién nacido "...por estar en contra de mis valores...aunque sigo siendo la responsable porque no estoy de acuerdo con la idiotez que está haciendo la basura esta...tuve varias reuniones virtuales con C....C. dejó de pagar a la agencia cuando el embarazo estaba más avanzado...cuando nos avisan

del parto le mandó mensaje a C. ... fijate ver tu pasaje... ese domingo tuvimos una reunión virtual... ahí me empieza a decir que no estaban las condiciones jurídicas que yo pacté... geopolíticas ...que en la capital se había caído la 122..." (SIC). Antes de continuar con el análisis y valoración del abordaje administrativo, resulta pertinente mencionar que este Tribunal recibió copias de las actuaciones que se radicaron en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con motivo de la demanda referenciada por la letrada, informando el mismo que, atento haberse declarado incompetente, las copias fueron remitidas al fuero de familia de esta Ciudad de Córdoba, encontrándose interviniendo el Juzgado de Familia de 8va. Nom. de esta Ciudad en autos "M., L. E. y V. C. – Medidas Autosatisfactiva – Incidente – Expte. N° xxxxxxxx" en los cuales no existe a la fecha resolución. Prosiguiendo con el análisis de la actuación administrativa, de lo informado por Se.N.A.F surge que la Ab. N. señaló que a partir de la suspensión de la disposición 122/2020 en el mes de septiembre de ese año, el "plan" era inscribir al recién nacido a nombre de dos mamás (L. M. y C. V.), en tanto gestante y madre intencional, según sus palabras. A partir de la inscripción en el Registro Civil, L. firmaría una autorización de viaje para el niño hasta los dieciocho años, a favor de la madre con intención procreacional (C. V.), a los fines de que pudiera trasladarse a Francia. Añadió que había averiguado en el Registro Civil de Córdoba sobre esta posibilidad, desde donde le informaron que efectivamente sí se podía realizar la inscripción de ese modo. Además, mencionó que posterior a esto se iniciarían los trámites correspondientes para la rectificación de la partida, la impugnación de la maternidad o la adopción por integración, expresando que la última opción sería dificultosa ya que para la adopción por integración se requiere una residencia en el país de cinco años. Asimismo, manifestó que en un inicio habían intentado realizar las gestiones para el traslado del recién nacido a Buenos Aires, pero los médicos no habían autorizado dicho procedimiento por el alto riesgo que esto podría implicar para el recién nacido en tanto su delicado estado de salud. Cabe resaltar que la Ab. N. remitió al equipo interviniente de la Se.N.A.F. un mail en idioma francés enviado por parte de la Sra. C. V. (comitente) a la letrada a través de un correo electrónico, el cual puso de manifiesto el desistimiento de su voluntad procreacional y el abandono del procedimiento de gestación por sustitución y del niño nacido por dicha TRHA. Destacan las profesionales que, una vez finalizada la entrevista, se hizo presente personal de la Policía de Córdoba con una Orden Judicial emitida por la Fiscalía Federal 1 a los fines de la requisa de la Ab. N. y el secuestro de alguna de sus pertenencias. Asimismo, informan que a los pocos días, se mantuvo una nueva entrevista en sede administrativa con la Sra. L. M. y su pareja. En primer lugar, se abordó el tema de la inscripción en el Registro Civil del recién nacido, ante lo cual la Sra. M. se comprometió a realizar dicho trámite, conforme a tener en su poder el Certificado de Nacimiento que le expidió la institución sanitaria. Remarcó que le asignaría al recién nacido otro nombre diferente al indicado por C. Por otra parte, L. reiteró "...ser padres nuevamente de una bebe no está en mis planes... somos muchos... tendríamos que buscar una casa de tres habitaciones... además económicamente... el cuidado... deje de cambiar pañales después de diez años..." (SIC). Que al ser explicada sobre la competencia del ente administrativo, la entrevistada reiteró su voluntad de que el niño permaneciera dentro del seno familiar, junto a unos primos de su esposo que habrían atravesado por varios tratamientos de fertilidad sin resultados positivos. Ante ello, se le realizaron algunos señalamientos al respecto y fue notificada sobre la adopción de la Medida Excepcional, permaneciendo el niño en el Sanatorio Allende hasta encontrarse en condiciones de alta médica hospitalaria, momento en el cual pasaría a estar bajo el cuidado y responsabilidad de una familia de acogimiento. Al ser informados de esto, tanto L. como su pareja manifestaron su desacuerdo a esta posibilidad, en tanto

refirieron que habían generado un vínculo con el niño. Asimismo, destacaron que, junto a su familia pensaron inscribirlo con el nombre L. B. De la informativa se desprende que el equipo actuante mantuvo una comunicación con la directora del Registro Civil Municipal, la que informó la existencia de una presentación realizada por Abogados N., no correspondiendo a un oficio judicial, mediante la cual se solicitaba la no inscripción del recién nacido hasta tanto el Juzgado Civil 25 de CABA se expidiera. Posteriormente, con fecha diez de diciembre del año dos mil veinticuatro, los profesionales de Se.N.A.F. intervinientes, recibieron un mensaje de texto de L., el que rezaba: "...Quería decirte que tomé la decisión, en conjunto con mi familia, que B. se quede con nosotros. Mi familia me apoya y me van a ayudar con todo lo que necesitemos. Está próximo a salir de alta y no puedo pensar en estar lejos de él. Ya empezamos a comprarle ropita y todo lo que le hace falta. Es súper amado por mi y mi familia, es lo mejor para él estar con quién lo gestó y amó por todos estos meses en la panza y desde que nació..." (SIC). Con fecha once de diciembre del año dos mil veinticuatro, informan que el equipo recibió el acta de nacimiento del pequeño de la cual surge que el mismo fue inscripto como B. L. M., dándose de esta forma cumplimiento con lo dispuesto por el art. 7.1 de la Convención de los Derechos del niño que dispone "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos" Relatan que al día siguiente, doce de diciembre del año dos mil veinticuatro, se presentó nuevamente en la sede del órgano administrativo la Sra. M., la que reiteró su intención de asumir los cuidados del niño. La técnica interviniente remarca que se reflexionó junto a ella aspectos relacionados al recién nacido, la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la dicente, la ambivalencia sostenida por la misma y además se le realizaron señalamientos al respecto. La profesional destaca que L. se mostró en todo momento receptiva a los mismos, presentando signos de angustia, pero colaborando en todo el proceso. A modo de conclusión, de las entrevistas mantenidas con la Sra. L. M., el equipo interviniente valoró que la misma se encontraba en una situación de vulnerabilidad emocional, conmovida por la situación del recién nacido. Señalan que, en el transcurso del abordaje administrativo, L. mostró una marcada ambivalencia en sus manifestaciones, las cuales se fueron modificando con el devenir de los acontecimientos, principalmente en lo que respecta a asumir los cuidados del recién nacido, ante el incumplimiento de lo acordado inicialmente con la comitente. Desde un inicio, no estaba en los proyectos de la Sra. M. el materner nuevamente, sí el de gestar en el contexto de gestación por subrogación. Por lo que se presumió que la disponibilidad manifiesta para ahijar al niño aparecía como emergente a las limitaciones de las propuestas realizadas por la misma o al ser interpelada en el hecho de considerar al matrimonio (primos de su pareja) como alternativa de cuidado y adopción del recién nacido. Señalan que no se advirtió un posicionamiento conjunto con su pareja (Sr. D.), como así tampoco la real dimensión por parte de la Sra. M. de lo que implica el asumir los cuidados de un niño integralmente a largo plazo, en este contexto particular, al cual desde un inicio no estaba en su proyecto de vida materner. Asimismo, el equipo actuante destaca la situación de vulnerabilidad del recién nacido en lo que respecta a su derecho a la identidad, ante la incertidumbre en este caso particular de quien es la madre: la que lo parió, la madre intencional firmante del contrato de maternidad subrogada o la donante de óvulos, la cual es anónima. Por otro costado, infieren la vulneración a la dignidad del niño, pues si bien puede que el niño como tal no haya sido objeto del contrato de carácter oneroso de maternidad subrogada, su gestación y la formación de su vida sí lo fue. Así las cosas, y por todo lo informado al tribunal, ponen en conocimiento la adopción de la medida excepcional

adoptada en relación a B., con fecha doce de diciembre del año dos mil veinticuatro. b) Conforme lo prescripto por el art. 56 de la Ley 9944, a los once días del mes de marzo del año dos mil veinticinco, a los fines de tomar contacto directo y personal, se celebró audiencia con el niño B. L. M., la Sra. J. G. P. (Familia de acogimiento) y la Defensora Pública de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género del Primer Turno, Abg. Griselda Martínez, en carácter de Representante Complementaria. La Sra. P. hizo referencia a algunas cuestiones de salud del pequeño B., así como también, las terapias que debía recibir por su nacimiento prematuro. Con relación a sus controles médicos, explicó que en un primer momento tuvo intenciones de continuar con los profesionales que lo atendieron en el Sanatorio Allende. Sin embargo, explicitó que, al poco tiempo del alta, B. se quedó sin la cobertura de la prepaga que le permitía su atención en ese sanatorio privado. Agregó que, a raíz de ello le proveyeron la cobertura de APROSS, por lo cual actualmente sus controles y todo lo relativo a su salud encuentra atención en el Hospital Infantil de esta ciudad. Habiendo sido consultada la Sra. P. sobre la existencia de revinculaciones familiares, la misma respondió que en un primer momento le explicaron que iban a organizarse encuentros con la Sra. M. (gestante). Sin embargo, manifestó que, al poco tiempo le informaron que "...la Sra. M. (...) no se iba a hacer cargo y que no iba a haber revinculación...". c) Informe técnico suscripto por las Lic. Anahí Riccione y Lila E. Rossi (28/01/2025): Se desprende de la pieza informativa que luego de adoptada la medida excepcional, el equipo actuante, el día 6 de enero de 2025, mantuvo entrevista con la Sra. L. M. y su pareja, Sr D. D. Que en dicha oportunidad, L. refirió encontrarse de licencia por maternidad y relató haber visitado al pequeño B. durante su internación, mostrándose conmovida por la situación del bebé. Una vez más, destacó que no estaba en su proyecto de vida maternar nuevamente, pero que habían pensado y conversado con su pareja y que habían decidido responsabilizarse del cuidado del niño de manera permanente. En esta oportunidad, se le informó que comenzarían a realizarse las revinculaciones en la sede de la Se.N.A.F. Sin embargo, transcurridos unos días, la Sra. M. se comunicó con el equipo actuante a los fines de informar que desistieron de su decisión de asumir el cuidado de B. Citada a entrevista en sede de la Se.N.A.F., L. reiteró su posición y expresó que: "...lo ha pensado bien y prefiere que el bebé sea dado en adopción con una familia que lo quiera. Que ella desea tener tiempo para sí, que ya crió 4 hijos. Que el último de sus hijos no fue buscado y en un momento pensaron en abortarlo hasta que decidieron seguir con su gestación. Que el más pequeño de sus hijos tiene 4 años y recién ahora iniciará su escolaridad, por lo cual ella empezará a tener algo de tiempo para sí misma. Refiere que habría postergado estudiar debido a su maternidad, y que ahora le dedicará tiempo a sus proyectos personales...". En esta línea de ideas, la técnica remarca que L. reafirmó su voluntad de desprendimiento y deseo de no ejercer un rol materno con B. En este punto, el equipo refiere que le explicó el marco legal de actuación y los derechos que asisten al niño, entre ellos, el derecho de B. a la convivencia familiar. De igual manera se le informó que, habiendo transcurrido más de 45 días del nacimiento del niño, podía reafirmar su voluntad de desprendimiento. Debido a lo expuesto, el equipo concluyó que la voluntad de desprendimiento transmitida por la Sra. M. se escuchó como un legítimo deseo que pone al resguardo al niño de referencia, contemplando la garantía de sus derechos en una familia adoptiva. Asimismo, infirieron que no existe un lugar simbólico para el niño dentro de ese grupo familiar, los que por diversos motivos no pueden asumir los cuidados de éste, y que L. decide resguardarlo y garantizar sus derechos a través de la adopción, encontrándose determinada y decidida al respecto. Con motivo de lo expuesto, el equipo de profesionales comunicó el cese de la medida de tercer nivel sin alternativas familiares, solicitando al Juzgado se resuelva su

situación legal definitiva. Como consecuencia de ello, con fecha veintiuno de marzo del año dos mil veinticinco, obra Dictamen N° 016/2025 y nota de elevación del mismo fechada cinco de idéntico mes y año, suscriptos por José Daniel Pérez, en su carácter de responsable de las funciones inherentes a la Dirección de Asuntos Legales de la Se.N.A.F., mediante los que se comunica el cese de la medida de excepcional oportunamente dispuesta con relación al niño B. L. M., como así también, peticiona la declaración de su situación de adoptabilidad, en virtud de lo prescripto por el art.607 inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación. d) El día 31 de marzo del corriente año, se celebró audiencia con la Sra. L. M., quien compareció con el patrocinio letrado de la Ab. Mariana Machur, Auxiliar de la Defensoría Pública de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género del Segundo turno, y en presencia de la Defensora Pública de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género del Primer Turno, Abg. Griselda Martínez, en carácter de Representante Complementaria. En su oportunidad, la Sra. M. expresó que: "tiene 35 años de edad, trabaja en relación de dependencia en la empresa xxxx hace 12 años. Que está en pareja con el señor D. D. D. y tienen cuatro hijos biológicos. Comenta que no era la primera vez que se sometía a este tipo de procesos. Había tenido una experiencia anterior con otra pareja de la misma empresa "xxxxx" y posteriormente apareció la posibilidad de intentarlo nuevamente con C. V. Aclara que la decisión de gestar si bien fue su iniciativa contó con la anuencia de su esposo durante todo el proceso. En relación a la comunicación mantenida con Se.N.A.F., refiere que en general siempre tuvo buena comunicación con las profesionales de Se.N.A.F. ... que no se esperaba todo lo sucedido con el niño haciendo referencia a la reacción de C. (en cuanto a su desistimiento de continuar con el proceso), como así también la sorprendió mucho la presencia de la abogada N. (de la empresa de subrogación) y la actitud agresiva de ésta cuando llegó al hospital con la intención de llevarse al niño como si fuera "una cosa"...". Remarcó que en un primer momento tuvo intención de asumir el cuidado del pequeño B. o que, en su lugar, sea cuidado en el seno de la familia de su pareja. Sin embargo, luego de haber sido explicada por los profesionales de la Se.N.A.F. sobre las circunstancias que rodeaban la situación del pequeño "...lo entendí, pero con la ayuda de terapia y habiendo ya salido de mi periodo puerperal...". En este sentido, la Sra. M. destacó: "...Así las cosas le avisamos a Se.N.A.F. que habíamos decidido junto a su pareja y con nuestro mayor convencimiento que no era conveniente mantener a B. con nuestra familia y esperábamos que pudiese tener una familia que lo cuide y le de contención que el niño necesita...". Acompañada por su letrada patrocinante, solicitó la ratificación de la medida excepcional dispuesta por la Se.N.A.F. como así también, de su cese y declaración en situación de adoptabilidad de B. e) Por último, cabe destacar lo dictaminado por la Sra. Representante Complementaria con fecha siete de abril del corriente año, quien a su turno manifestó: "...Por todo lo expuesto, es la opinión de esta parte que corresponde ratificar toda la actuación administrativa, la que fue oportuna, tanto al inicio -cuando se toma conocimiento de la situación de vulnerabilidad por carencia de cuidados parentales-, como luego al disponer el cese -transcurrido el plazo de 45 días posterior al parto-. Aparece la actuación además como eficaz, toda vez que se logró el objetivo de resguardo y restitución de derechos, respetuosa del interés superior de B. y durante su transcurso se garantizó la escucha y participación respetuosa de las partes, en definitiva por haber sido dictada en legal forma..." V) En esta instancia, el examen exhaustivo y crítico del material incorporado en autos, me lleva a inferir que la Se.N.A.F. ciñó su actuación a los imperativos legales que la rigen; observó y cumplimentó los criterios previstos por el art. 49 de la Ley Provincial N° 9944; respetó las garantías mínimas de procedimiento, conforme lo previsto por los arts. 27 de la Ley Nacional N° 26061 y 31 de la Ley Provincial N° 9944. V. 1) Análisis de la

Medida Excepcional de Protección de Derechos Reproduciendo las conclusiones del equipo técnico interviniente, es dable destacar que desde su mismo nacimiento B. se vio inmerso en una profunda situación de vulnerabilidad. Al nacer, la persona que lo gestó (M.) manifestó que no se erigía como alternativa alguna de cuidado para el niño debido a que no era su hijo biológico, sino que había sido producto de una técnica de reproducción humana asistida y que la persona comitente residía fuera de este país (V.). Sumado a ello, el pequeño se encontraba en una situación de salud delicada atento haber nacido de manera prematura a 31 semanas de gestación, con dificultades respiratorias de prematuro, hemorragia intraventricular grado 2 izquierda, neumotórax derecho, hiperbilirrubinemia leve. Requirió intubación y asistencia respiratoria mecánica, le realizaron maduración pulmonar, tuvo mejoría pero a los cuatro días presentó neumotórax y le realizaron drenaje pleural, sorteando estas complicaciones hasta obtener su alta médica y reitero, sin cuidados parentales. Desde el momento mismo de su nacimiento, se sucedieron una serie de acontecimientos totalmente desafortunados para un pequeño de escasas horas de vida: la incertidumbre respecto a quién era su madre; la aparición en la clínica de una abogada apoderada de la comitente con intenciones de llevárselo a la Provincia de Buenos Aires, sin tener en consideración el delicado estado de su salud; y el desistimiento de lo acordado y abandono por parte de la persona comitente que promovió y consintió la técnica, pero que al momento del nacimiento se desentendió de la situación, no asumiendo vínculo ni deber alguno. Con el correr de los días, y por todo lo actuado por el Órgano Administrativo, a través de su equipo de profesionales -que cabe destacar han realizado un minucioso trabajo en relación al presente caso - se fue tomando conocimiento y dimensión de todo el entramado que rodeaba el nacimiento de B.: un contrato/convenio de gestación por sustitución con compensaciones económicas. La TRHA de gestación por sustitución tuvo lugar sin un proceso judicial previo a los fines de homologar los consentimientos de todas las partes intervinientes y determinar la filiación del niño nacido por este procedimiento, atento a que el nacimiento del mismo estaba programado para que tuviera lugar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde se aplicaría la Disposición N° 93/DGRC/17 del 13/10/2017; Disposición N° 103/DGRC/17 del 26/10/2017 y Disposición N° 122/DGRC/20 de 30/04/2024, dictadas por el Registro Civil de dicha Ciudad, que posibilitaban la inscripción del niño nacido a partir de este tipo de técnica de gestación por sustitución a nombre de los padres intencionales con voluntad procreacional, sin necesidad de autorización judicial, disposición que como ya se señaló precedentemente, fue suspendida por Disposición 24/2024. Se.N.A.F., en el dictamen del área de Asuntos Legales que da fundamento a la medida excepcional adoptada sostiene que "...La situación jurídica del niño ha sido encuadrada en el marco de una medida de protección excepcional, siguiendo los lineamientos que plantea la Ley 9944 en su art. 48, no obstante, es importante mencionar que estamos ante una naturaleza sui generis ya que existen elementos nuevos que deben ser valorados y que le otorgan un tinte distinto, motivándonos a realizar una readecuación al momento de aplicar la ley...". Afirmando la autoridad de aplicación que "...no se habría producido la privación de su medio familiar en virtud de que el mismo nunca se configuró, al ser un recién nacido que no desarrolló relación con la gestante y que fue contratada por un tercero para que realice un acto determinado que no incluye ser la madre del niño y criarlo, sino todo lo contrario que es ser entregado a aquel que lo contrató. De manera tal, que no existe un centro de vida propio significativo para el niño...". Sin embargo, entiendo que la decisión de la Se.N.A.F. importa una verdadera medida excepcional o de tercer nivel, entendida ésta como la que el órgano administrativo está facultado a adoptar "cuando las niñas, niños o adolescentes

estuvieran (...) privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio" (arts. 48 y 53 Ley 9944), ya que la situación que se generó desde el momento mismo del nacimiento de B. al ser abandonado como consecuencia del desistimiento de lo convenido por parte de la comitente y la postura de la mujer gestante, implicaron que el niño se haya visto privado del medio familiar desde su llegada a este mundo. De este modo, resulta innegable destacar que ante la profunda situación de vulnerabilidad en sus derechos esenciales, tales como el derecho a la dignidad e integridad psicofísica, a la identidad y a la salud (arts. 13,15, 17 de la Ley Pcial. 9944) la medida excepcional dispuesta por la Se.N.A.F. resguardando al pequeño con una Familia de acogimiento se erigió como una acción administrativa idónea, proporcional y razonable para la protección de sus derechos vulnerados y que respondió al mejor interés del recién nacido y por ese motivo, debe ser ratificada. V. 2) Análisis del Cese de la Medida Excepcional y de la Declaración en situación Adoptabilidad del niño L. B. M. En este punto corresponde destacar que el Órgano administrativo, desde el momento en que dispuso la Medida Excepcional de protección de derechos en relación a B., a través del equipo de profesionales intervinientes, mantuvo diferentes entrevistas con la Sra. L. M. Así, del informe elaborado por el equipo de profesionales intervinientes de Se.N.A.F. de fecha 28 de enero de 2025 surge que: En un primer momento, al nacer el niño que nos ocupa, la Sra. M., como gestante en el marco de una práctica de gestación por sustitución, indicó que no era su intención ni estaba en sus posibilidades económicas asumir los cuidados de un nuevo hijo. Con posterioridad, con fecha 6 de enero del 2025 el equipo de profesionales de Se.N.A.F. vuelve a entrevistar a L., acompañada esta vez por su pareja D. D. En dicha oportunidad L. refiere "que no estaba en su proyecto de vida maternar nuevamente, pero que lo han pensado mucho y debido a la situación en la que habría quedado B., dialogaron con su pareja y estarían dispuestos a responsabilizarse de su cuidado de manera permanente" Sin embargo, con fecha 24 de enero del 2025, de lo informado por el equipo técnico interviniente surge que L. se hizo presente en la sede del órgano administrativo manifestando "que lo ha pensado bien y prefiere que el bebé sea dado en adopción con una familia que lo quiera" De este modo, L. reafirma su voluntad de desprendimiento y deseo de no ejercer un rol materno con B., habiendo transcurrido más de 45 días del nacimiento del mismo. Las profesionales concluyen en que "La Sra. M. presenta un juicio conservado y conciencia de situación, orientada en tiempo y espacio, por lo cual su voluntad de desprendimiento se escucha como un legítimo deseo que pone al resguardo al niño de referencia, contemplando la garantía de sus derechos en una familia adoptiva. Puede observarse que no existe un lugar simbólico para este niño dentro de este grupo familiar, lo que por diversos motivos no pueden asumir los cuidados del mismo y que L. decide resguardarlo y garantizar sus derechos a través de la adopción encontrándose determinada y decidida al respecto" Dichas conclusiones llevaron al equipo a comunicar el Cese de la Medida Excepcional sin alternativas de cuidado, solicitando se resuelva la situación jurídica del niño. Ahora bien, de las conclusiones del dictamen de la Dirección de Asuntos Legales de Se.N.A.F. sobre la situación de adoptabilidad del niño B., surge que: "Se reitera que, la Sra. M., como gestante planteó que podría asumir los cuidados del niño pero sin ser la progenitora legal y legítima ya que dicho mandato solo lo asumió a los fines registrales, por lo que no podría interpretarse como un desprendimiento ya que no se configura como tal. Si bien, la señora, se manifiesta en términos tales como si estuviera decidiendo sobre la adoptabilidad del niño, ello excede ampliamente su potestad ya que como dijimos es solo la gestante, sin haber aportado gameto ni embrión alguno." Sin embargo, reproduciendo lo analizado en los apartados precedentes, teniendo en consideración como ya dijimos, que la gestación

por sustitución como técnica de reproducción humana asistida no se encuentra prevista expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, no cuenta con una regulación especial ni se ha tramitado en el presente caso una autorización judicial previa para llevar a cabo la práctica, a los fines de determinar la filiación del niño cuya situación estamos llamados a resolver y conforme se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos "Recursos de hecho deducidos por C.L.A. en la causa 'S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación'; y por I.N.S. y L.G.P. en la causa CIV 86767/2015/2/RH2 'S., I. N. y otro c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación'" (22/10/2024), resulta de aplicación al presente caso lo estipulado por el art. 562 del CCC, el cual reza: "Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos." La Corte en el precedente mencionado sostuvo que: "...no es relevante, a los fines filiatorios, que exista un acuerdo de gestación por sustitución ni que la gestante haya manifestado su voluntad de no tener un vínculo jurídico con el niño, en tanto las normas en materia de filiación se basan en razones de orden público para atribuir de una forma determinada y cierta el vínculo filiatorio (...) el legislador ha previsto una regla filiatoria - de fuerza imperativa -, no disponible por la voluntad de los particulares- para todos los supuestos de THRA. Tal regla es que el vínculo filiatorio se genera con la mujer que dio a luz y el hombre o la mujer que prestó el consentimiento previo, informado y libre, pudiendo únicamente existir dos vínculos filiales" "Que bajo estas pautas, se advierte que resultan claras las palabras elegidas por el legislador en cuanto a que en todos los casos en que se utilicen THRA, el hecho de "dar a luz" determina el vínculo filiatorio" De ello resulta que B. es hijo de la Sra. L. M., el cual se encuentra inscripto en el Registro Civil de la Provincia de Córdoba conforme Acta de nacimiento xxxx, Tomo xx, del año 2024, encontrándose la misma en condiciones jurídicas de manifestar la voluntad de desprendimiento del niño. Cabe destacar que la voluntad de la Sra. M. de que B. sea adoptado por una familia que lo reciba y le de amor, no sólo fue manifestada ante el Órgano Administrativo, sino que también lo hizo en sede judicial en el presente control de legalidad, al momento de tomar contacto personal y directo en audiencia con la misma. Por lo expuesto es que disiento con el Órgano Administrativo en cuanto al encuadre normativo que motiva la solicitud de declaración de adoptabilidad, al encasillar el mismo en el supuesto del inc. c) del art. 607 del Código Civil y Comercial de la Nación, resultando aplicable el inc. b) de la referida norma por cuanto al referirse a los supuestos en los que corresponde dictar la declaración Judicial de la situación de adoptabilidad establece en su inciso b), "...los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento...". Periodo este último, que también fue respetado. Con respecto a la Sra. C. V. (comitente), ésta demostró una actitud de absoluto desinterés en el pequeño, omitiendo todo tipo de contacto afectivo o personal con aquel, que quedó plasmado en el mail enviado a su abogada N. con fecha 22 de noviembre del 2024 en idioma francés, puesto en conocimiento del Órgano administrativo, de cuya traducción surgen las siguientes manifestaciones: "Buen día, Después de una cuidadosa consideración, les informo que no viajaré a Argentina. Confirmó que L. es una persona extraordinaria por quien tengo mucho reconocimiento y admiración. Hablamos ayer. Entiendo su ansiedad y su angustia, pero también la mía. Ambos somos víctimas de esta situación. Desde el parto prematuro a las 28 semanas, los acontecimientos se han sucedido en condiciones particularmente difíciles: Una exigencia de pago inmediato por parte de E. un domingo

por la tarde, a pesar de que los bancos estaban cerrados en Francia, y que fue atendida tan pronto como los bancos abrieron el martes por la mañana, respetando plenamente mis compromisos contractuales; Actitud amenazante por parte de E., que mencionó dos veces la posibilidad de acudir a un juez para colocar al bebé si no me comprometía inmediatamente con una fecha de llegada; Una total falta de transparencia sobre la situación médica del niño, sin que hasta la fecha se haya realizado ninguna valoración; Un contexto jurídico complejo en Argentina y aún más incierto en Córdoba, confirman abogados independientes; A esto se suman costes imprevistos e insostenibles: seguro médico, estancia prolongada, estancia prolongada, atención médica en Francia a un frágil bebé prematuro sin que se reconozca mi paternidad y elevados costes legales relacionados con el acto del nacimiento. Estos gastos están mucho más allá de mis posibilidades financieras; Finalmente, deploro el incumplimiento de la confidencialidad de la información compartida. El acoso al que soy sometido a través de mis redes sociales por parte de terceros con información confidencial es intolerable y agrava una situación que ya es difícil; Esta decisión es el resultado de circunstancias insuperables. Por favor respétalo. Agradezco a Lyacout por su seguimiento y escucha en estos momentos complejos. Atentamente, C." (SIC). Todo esto se tradujo en un desistimiento de su voluntad procreacional y en un verdadero abandono afectivo en perjuicio de B. En este punto no puedo dejar de señalar que el abandono pone en crisis la finalidad primaria de la gestación por sustitución, que es la concreción del deseo de la maternidad por parte de la comitente y el aseguramiento del derecho del niño a una familia. El abandono de B. constituyó una vulneración directa a su dignidad humana, mediante el cual se le negó al mismo el reconocimiento de su valor como persona, tratándolo más como un producto rechazado que como un ser humano con derechos. No solo se lo privó de un entorno familiar, sino que también se lo sometió desde sus primeros momentos de vida, a una forma extrema de desamparo emocional, psicológico y social. Resulta importante señalar que cuando un niño es abandonado al nacer, se rompe algo fundamental: el principio de responsabilidad y compromiso con la vida que ha elegido traer al mundo. En este sentido, no se trata sólo de un contrato roto o de una decisión personal; se trata de un ser humano cuya existencia comienza marcada por el rechazo. Ese primer vacío – el de no ser recibido, no ser amado desde el primer instante – puede convertirse en una herida profunda que lo acompañe toda la vida. Este abandono también desnuda una realidad que incomoda y que sin dudas causa perplejidad: en algunos casos, la gestación por sustitución puede ser tratada como una transacción, una mercancía sujeta a la aceptación de condiciones previas, como el estado de salud de un bebé o las circunstancias personales cambiantes de los comitentes. Pero lo real y cierto es que la vida no es un producto, un niño no es un objeto que debe cumplir ciertas expectativas y que en casos extremos, puede ser rechazado si no se ajusta a lo "acordado". Cada niño, sin importar como ha sido concebido, es un sujeto de derecho y merece respeto, cuidado y amor. Por otro lado, corresponde señalar también que la Sra. C. V. nunca tramitó previamente un pedido de homologación de autorización a fin de la realización de la técnica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución, a los fines de determinar la filiación del niño, la cual se llevó a cabo sin aporte de material genético de la misma. Tampoco se encuentra inscripta conforme lo establece el art. 562 del CCCN en su última parte, por parte del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en la partida de nacimiento del pequeño, circunstancias éstas que tornaron innecesaria su citación al presente procedimiento. Lo revelado ut supra, demanda redefinir con premura la situación jurídica de este pequeño a la luz de la situación actual y particular en la que se encuentra. Urge una decisión que le permita ser emplazado, cuidado y protegido como hijo en el seno de una familia. De

todo lo trabajado por el Órgano Administrativo y del contacto directo y personal con las partes en el presente proceso, surge de forma palmaria que la posibilidad de realizar un abordaje tendiente a la inserción del niño de autos a su centro de vida, se tornó inviable debido a las circunstancias que rodearon el nacimiento del niño y a la firme voluntad de la Sra. M. de no asumir el cuidado del pequeño B. A ello se le adiciona que tampoco existieron alternativas familiares viables para responsabilizarse del pequeño. Llegado a este punto, es dable trasladar al presente caso Jurisprudencia nacional en la que se ha afirmado con acierto que: “Cumplida la actividad estatal para corregir las falencias o desigualdades en que la vida pudo haber colocado a los miembros de este grupo familiar, y acreditada la ausencia de resultados, es imperioso inclinar la balanza con toda premura, a favor de quien está más expuesto y vulnerable en esta cadena de inequidad.” (Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, del 8/7/11, publicado en Revista de Derecho de Familia, 2011-VI, Abeledo-Perrot, págs. 191/210, “Estado de preadoptabilidad en las familias intervenidas” citado en la causa “S. A. X. C. I. s/ Guarda de personas” de la Cám. Civ. y Com. de Azul – Buenos Aires, del 4/10/2012, publicado en Revista Familia & Minoridad número 104 págs. A1984 y ss.). Los derechos esenciales a la vida, a la salud -entendida ésta como una integralidad referida a la esfera física, psicológica y emocional, y a la integridad personal (arts. 12, 13 y 17 de la Ley Provincial N° 9944) de B. no puede pender más de situaciones transitorias; sus derechos esenciales precisan para su anclaje que permanezca en un grupo familiar estable y que lo considere -finalmente- como un sujeto de derechos. En este punto es importante destacar que al tomar contacto personal y directo con el pequeño en oportunidad de recepcionar la audiencia (acta de fecha 11.03.2025) se pudo constatar que el mismo se encontraba contenido y cuidado por quien desempeñó la noble y meritoria tarea de ser Familia de acogimiento, brindándole el calor de hogar y atenciones necesarias, tanto afectivas como médicas, para acogerlo hasta tanto la situación que lo llevó a esa desprotección y desamparo se vea superada o hasta tanto se restauren sus derechos emplazándolo como hijo en una familia, no ya transitoria, sino para toda su vida, lo cual, nos permite aseverar que se han desplegado acciones positivas para el efectivo goce por parte del niño de sus derechos fundamentales. B., como toda persona, tiene derecho a que su condición jurídica sea fijada y de allí la imperiosa necesidad del Estado de brindarle un marco de estabilidad, contención, cuidado y protección, resultando ser su declaración en situación de adoptabilidad la medida que mejor satisface sus derechos y hacen a su mejor interés. Sobre este principio reputada doctrina ha manifestado: “Este interés del NNA que está ‘primero’, además es el ‘mejor’ interés que le corresponde a la vida del NNA de que se trate, conforme a todas las circunstancias singulares que rodean su vida: por eso está ‘primero’, antes que otros intereses, y es ‘superior’ porque es el mejor interés para la protección y desarrollo de su vida” (Lloveras, Nora [2009]. El interés superior del Niño. En El Interés Superior del Niño, Visión Jurisprudencial y Aportes Doctrinarios. Córdoba: Enfoque Jurídico. pp. 215). Es en este contexto, a mérito de las consideraciones efectuadas, del análisis global de las probanzas relacionadas, y en consonancia con lo dictaminado por la Representante Complementaria, que se arriba al mérito conclusivo de ratificar el cese de la medida excepcional y declarar la situación de adoptabilidad de B. L. M., por haber sido dictado en legal forma; adecuarse a los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia; pero, por sobre todo otro análisis, por responder al mejor interés de aquél (art. 3 de la ley 9944, art. 3 de la ley 26061 y art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño), estimando que ella es la que más armoniza los derechos, garantías y principios que imperan y rigen la situación aquí planteada. Es por todo lo expuesto que se colige que el niño que nos ocupa está plenamente captado por la situación de excepcionalidad contemplada por el

art. 11 de la Ley 26.061, que autoriza a que se proceda a su ubicación en un hogar en condiciones de adopción por lo que corresponde, sin más, declarar la situación de adoptabilidad. VI) Reflexiones finales. La Técnica de Reproducción Humana Asistida extraordinaria de Gestación por sustitución, si bien es una figura que no encuentra mención expresa en nuestro ordenamiento jurídico ni tampoco regulada, responde a derechos fundamentales como lo son: el derecho a formar una familia (art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y el derecho a acceder a los beneficios de la ciencia (art. 15 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) es decir, ha abierto posibilidades reales para muchas personas que desean formar una familia y no pueden hacerlo por medios biológicos tradicionales. Sin embargo, no podemos dejar de ver que engloba una materia sensible que exige por un lado, extrema prudencia al momento de valorar los hechos y las circunstancias cuando de personas vulnerables se trata, pero también una mirada limpia de toda sombra de sospecha ante los fenómenos no convencionales y las nuevas formas de ser y hacer familias. En este sentido, por la circunstancia de no encontrarse prohibida por la legislación argentina, ni regulada, no puede utilizarse para justificar prácticas que vulneren derechos fundamentales. Por el contrario, la ausencia de norma expresa no impide al Estado actuar en protección del niño, ni suspende la aplicación de principios superiores que orientan el sistema de protección de la niñez. En medio del avance científico y del deseo legítimo de ser padres, emerge una preocupación profunda y muchas veces silenciada: la cosificación de los niños nacidos a través de esta técnica. La cosificación implica tratar a una persona como una cosa. Cosificar a un niño es negar su humanidad desde el inicio, es verlo como un resultado de una inversión económica, como un bien que debe satisfacer al cliente, no como un sujeto de derechos, emociones y dignidad propia. Este enfoque despoja al niño de su valor intrínseco como ser humano y lo coloca en un sistema de lógica de mercado, donde puede ser aceptado o descartado, deseado o devuelto, como si fuera un objeto defectuoso, lo que sin vacilación me atrevo a decir que ha sucedido con B. Ningún ser humano debería comenzar su vida bajo esa mirada. Ningún niño debería cargar con la presión de haber sido “esperado” sólo bajo ciertas condiciones. Y ninguna sociedad debería permitir que el deseo de ser padre o madre – por más legítimo que sea – se imponga sobre el derecho del niño a ser tratado con respeto, amor y como un sujeto de derecho, no como medio para la realización personal de otros. En este punto, la gestación por sustitución plantea dilemas complejos. No se trata de prohibirla, pero sí de mirarla con la profundidad que merece. Debe haber un compromiso colectivo para evitar que el niño se convierta en el eslabón más frágil de una cadena de intereses, porque la protección de su dignidad debe estar por encima de todo acuerdo, todo avance científico y todo deseo adulto. Debemos proteger en definitiva, los derechos de quienes no tienen voz: los recién nacidos. Esta reflexión, no busca condenar a la Gestación por Sustitución, como Técnica de Reproducción Humana Asistida, sino abrir los ojos a la necesidad urgente de que existan marcos legales, éticos y humanos sólidos que prioricen, por encima de todo, el bienestar del niño. Diversos precedentes judiciales han reconocido la validez de esta técnica cuando se acredita la existencia de consentimiento informado, la ausencia de contraprestación económica (carácter altruista del acuerdo) y especialmente la existencia de voluntad procreacional y el respeto por el interés superior del niño de jerarquía constitucional, todas pautas tomadas como guías o principios a seguir para suplir la alegalidad de una realidad que se reitera cada vez más. Las personas involucradas muchas veces quedan a la espera de una sentencia judicial que las rescate del estado de incertidumbre jurídica. La falta de un marco normativo específico y uniforme genera inseguridad jurídica para todos los

involucrados y plantea desafíos ético- jurídicos que requieren una urgente intervención legislativa. Una regulación integral que establezca criterios claros sobre la validez y límites de los acuerdos, los requisitos éticos y médicos, el procedimiento de validación judicial previa o posterior. Contar con mecanismos de supervisión reviste vital importancia para prevenir cualquier venta y explotación de niños en el contexto de la gestación por sustitución. Nunca un niño puede ser tratado como un encargo, estamos hablando de una vida y toda vida humana merece ser bienvenida no como un objeto deseado, sino como un sujeto amado. Por todo lo expuesto, constancias de autos, documental glosada, dictamen de la Representante Complementaria, lo normado por los arts. 3, 4, y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 3 y 11 de la Ley 26.061; art. 607 inc. b), art. 609 inc. a y b y 612 del CCCN; arts. 9 y 11 de la Ley Provincial 8922, Acuerdo Reglamentario N° 1822 Serie A del Excmo. T.S.J; y demás disposiciones legales citadas, RESUELVO: I) Ratificar la legalidad de la Medida Excepcional dispuesta por la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia en relación al niño B. L. M., DNI N° xxxxxxxx hijo de la Sra. L. E. M., DNI N° xxxxxxxx, por haber sido dictada en legal forma (Art. 48 de la Ley 9944). II) Ratificar el cese de la legalidad de la Medida Excepcional de Protección de Derechos dispuesta en relación al niño B. L. M., DNI N° xxxxxxxx, en función de los argumentos esbozados. III) Declarar la situación de adoptabilidad del niño B. L. M., DNI N° xxxxxxxx, nacido en la ciudad de Córdoba el día diecisiete de noviembre del año dos mil veinticuatro, hijo de la Sra. L. E. M., DNI N° xxxxxxxx en virtud de lo normado por el art. 607 inc. b) del CCCN. IV) Dar intervención al Equipo Técnico de Adopción a efectos de que proceda a dar inicio a los estudios y reconocimientos psicológicos y sociales respecto del niño de autos, debiendo certificarse el estado y condiciones del mismo, y su situación actual con el fin de determinar el subregistro al que pertenece, a cuyo fin oficiese. V) Poner en conocimiento del Poder Legislativo de la Nación el presente pronunciamiento a fin que valore la posibilidad de regular la técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad, denominada Gestación por Sustitución, tendiente a lograr la superación de las dificultades que el vacío legal provoca, en post de salvaguardar los intereses de las personas más vulnerables, evitando que situaciones como las expuestas en el presente caso vuelvan a acontecer. VI) Poner en conocimiento del Juzgado de Familia de 8va. Nominación de esta Ciudad la presente resolución, a los fines que pudiere corresponder. VII) Comunicar la presente resolución al Registro Único de Adoptantes a los fines previstos por art. 9 de la ley 8922 y el inc. c) del art. 609 del CCCN. Oficiese a la Dirección de Servicios Judiciales. VIII) Poner en conocimiento lo precedentemente resuelto a la Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia a sus efectos. Protocolícese, hágase saber y dese copia.

FDO.: PASCUAL.



UNIVERSIDAD
Blas Pascal



Saber y Saber Hacer

0810 1 22 33 827
www.ubp.edu.ar