

Director: Fulvio G. Santarelli

XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Director de la edición: Ricardo Sebastián Danuzzo

Presentación



Ricardo Sebastián Danuzzo

Presidente de las XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Corrientes, cuna de grandes juristas e importantes debates jurídicos, será el epicentro de un evento de trascendental importancia para la comunidad jurídica argentina, las XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Se realizarán por tercera vez en esta ciudad, ya

que anteriormente fueron realizadas, la II JNDC en 1965 y las X JNDC en 1985. En efecto del 25 al 27 de septiembre de este de año 2025, la capital provincial recibirá a los más calificados juristas, académicos, magistrados, abogados y estudiantes de todo el país

y a prestigiosos profesores extranjeros, para un encuentro de profunda reflexión y análisis sobre los desafíos actuales de nuestro Derecho civil.

Continúa en p. 2

Homenaje a

Juan Carlos Palmero

Me corresponde realizar la *laudatio* de Juan Carlos Palmero en el marco de este merecidísimo homenaje que la comunidad jurídica argentina le tributa en el marco de las XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Puedo decir, sin temor a incurrir en ninguna exageración, que Juan Carlos Palmero es una de las figuras



Continúa en p. 2

Edgardo Ignacio Saux

Siempre elegí el lado feliz de la vida y fui agradecido con ella en cada momento, tal como hoy y con creces, por haberseme concedido por parte de las autoridades de las XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil el honor de poder expresar a mi amigo del alma, al hermano que la vida me regaló, Edgardo Saux, esta *laudatio* en su merecido homenaje.



Continúa en p. 3

Carlos Clerc

Hoy nos reunimos para rendir homenaje a una figura que ha dejado una impronta profunda en la vida universitaria: el profesor Carlos Clerc. Su nombre está indisolublemente ligado a la Facultad de Derecho, no solo por sus méritos académicos, sino también por la calidad humana con la que acompañó a generaciones enteras de estudiantes y colegas.



Continúa en p. 4

Doctrina

Comisión 1 – Parte general

Resignificación del acto voluntario

Miguel Federico De Lorenzo

4

Comisión 2 – Derecho de las obligaciones

Los medios para forzar el cumplimiento de la obligación

Carlos A. Calvo Costa

8

Comisión 3 – Derecho de daños

Daños derivados de productos, servicios y bienes digitales

Algunos puntos de debate en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil



Silvina Furlotti



Federico A. Ossola

10

Comisión 4 – Protección de los consumidores

Relaciones de consumo inmobiliarias: algunas cuestiones generales en orden a su configuración

Sandra A. Frustagli

13

Comisión 5 – Derecho de los contratos

El fideicomiso en las XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Una posible agenda para el debate



José Fernando Márquez

16

Comisión 6 – Derechos reales

La buena fe y el conocimiento indirecto de la transmisión del derecho real

Carlos A. De Rosa

17

Comisión 7 – Derecho de familia

El régimen de recompensas

Mariel F. Molina de Juan

19

Comisión 8 – Derecho de sucesiones

Partición

Marcos M. Córdoba

23

Ricardo Sebastián Danuzzo

Viene de p. 1

Como es sabido, las *Jornadas Nacionales* han sido y son el evento mayor y máximo de nuestra disciplina.

Ellas importan el evento científico más relevante del Derecho privado argentino, en el que se reúnen los juristas de mayor prestigio de esta área del saber.

Se realizan desde el año 1963, oportunidad en que tuvo lugar la primera edición en la Universidad Nacional del Litoral.

Este año, las *Jornadas* adquieren un significado especial. No solo celebramos la trigésima edición, de un evento que se ha consolidado como el más relevante de su tipo en el país, sino que también conmemoramos los 40 años de las *X Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, un verdadero hito que marca la tradición y la evolución del pensamiento jurídico en nuestra disciplina.

Aquella décima edición de 1985 contó con la presencia de toda una pléyade de juristas argentinos y con la visita del jurista francés François Chabas, destacado profesor de la Universidad de París XII. Entre sus conclusiones, vale poner de resalto, se propuso la incorporación del principio de protección a la parte más débil (*favor debilis*), más allá del *favor debitoris*, ya que se recomendó proteger a la parte más débil sin distinguir entre deudor o acreedor. Si bien esta recomendación fue para ser considerada *de lege ferenda*,

representó el punto de partida para todo el desarrollo autoral y doctrinario, que avanzó con fuerza hacia la sanción en 1993 de la primera ley 24.240 de Protección de los consumidores.

Además, este encuentro coincide con un aniversario fundamental para el Derecho privado argentino: los 10 años de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, una reforma que ha redefinido las bases y paradigmas de nuestro derecho privado.

Nos encontramos en un momento de profundos cambios sociales y tecnológicos que impactan directamente en el derecho civil. La irrupción de la inteligencia artificial, las nuevas formas de familia, la protección de datos personales y los derechos de los consumidores en la era digital son solo algunos de los temas que se debatirán en las comisiones y paneles. Estas *Jornadas* nos invitan a reflexionar sobre la necesidad de fusionar la tradición jurídica que heredamos con las nuevas realidades, para así construir un Derecho civil que sea más justo, solidario y efectivo, pero, sobre todo, que nos muestre su rostro más humano en el siglo XXI que transitamos.

La elección de Corrientes como sede no es casual. Nuestra provincia ha sido un faro en la formación de juristas de renombre y ha contribuido de manera significativa al desarrollo del Derecho civil en Argentina.

En esta trigésima edición tendremos, además el gusto y el honor de homenajear a grandes maestros como los profesores Edgardo I. Saux (UNL), Carlos Clerc (UBA) y Juan Carlos Palmero (UNC) y a tres ju-

ristas correntinos que han trazado un camino señero, en las páginas del Derecho civil argentino, como lo han sido Augusto Abelenda, Antonio J. Rinessi y Lisandro Segovia.

Ellos tuvieron, puedo decirlo sin temor a equivocarme, como rasgo común, el haber dado testimonio de su vocación docente, a través de los años, siendo ejemplo de dedicación y contracción a la labor académica y catedrática de manera seria, destacándose tanto en su producción literaria, como también en su amable disposición, intransigente federalismo y singular participación en jornadas, congresos y eventos del Derecho Civil.

Las *Jornadas* no son solo un espacio de debate académico, sino también una oportunidad única para fortalecer los lazos entre los profesionales del Derecho, intercambiar experiencias y construir consensos que permitan seguir avanzando en la defensa de los derechos y garantías de los ciudadanos. Es un momento para reflexionar sobre el rol del Derecho civil en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria.

Desde esta tribuna celebramos la llegada de este trascendente evento académico a nuestra ciudad y convocamos a toda la comunidad jurídica a participar activamente de las *Jornadas*. El futuro del Derecho civil que anhelamos continuará construyéndose en estos tres días de intenso trabajo y reflexión en Corrientes.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2356/2025

Homenaje a

Juan Carlos Palmero

Viene de p. 1

más importantes del derecho privado argentino de los últimos cincuenta años. Es hijo dilecto de la prestigiosa escuela cordobesa del derecho civil, que ha dado al derecho argentino enormes figuras y grandes maestros. Una escuela que hunde sus raíces nada menos que en el propio Dalmacio Vélez Sarsfield y se proyecta en figuras de la talla de José A. Buteler Cáceres (quien fuera el gran maestro de nuestro homenajeado), Alfredo Orgaz, Pedro León, Horacio Valdez, Enrique Banchio, Luis Moisset de Espanés y Matilde Zavala de González, por citar solo algunos. En el caso de nuestro homenajeado, es dable proclamar que también forma parte de la escuela del derecho comercial de Córdoba, dado que ha sido y es un prestigioso cultor de esa relevante rama del derecho. Una escuela en la que descollaron, entre otros, Mauricio Yadarola, Héctor Cámara, Francisco Quintana Ferreyra, Efraín Hugo Richard, entre otros.

Juan Carlos Palmero se recibió de abogado en diciembre de 1959 por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, de la que es hijo dilecto. Obtuvo el "*Premio Universidad*", al mejor egresado, consistente en Medalla de Oro y Diploma de Honor, correspondiente a la promoción 1959.

Muy pronto evidenció una acentuada vocación por la docencia y la investigación, aunque sin descuidar jamás el ejercicio activo de la profesión de abogado, que lo ha tenido como un referente indiscutido en el foro de Córdoba y también a nivel nacional.

En 1973 obtuvo el título de Doctor en Derecho, con máxima calificación, por su tesis "El cumplimiento por el tercero".

En la docencia, desde 1960 hasta su jubilación, se desempeñó en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en distintos cargos docentes, llegando a ser Profesor Titular por Concurso de Derecho Civil I y de Derecho Privado I (Parte General). Fue luego Profesor Plenario y actualmente es Profesor Emérito de esa Alta Casa de Estudios.

También ha descollado en la enseñanza del Derecho Comercial como profesor titular por concurso de Derecho Concursal en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba hasta el año 2010.

Director del Instituto de Derecho Civil "Hénoc Aguiar" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Co-Director de la "Maestría en Derecho Civil Patrimonial"; en esa misma Alta Casa de Estudios, son otros cargos de importancia que nuestro homenajeado ha desplegado.

Es miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, de la que ha sido presidente por dos períodos consecutivos, revistiendo en la actualidad el cargo de "Presidente Honorario" de la corporación. Es, además, miembro correspondiente de las academias de Derecho y Jurisprudencia de Colombia, Bolivia, Paraguay, Granada, Gallega de Jurisprudencia y Legislación, Extremadura y de la Real Academia de Derecho y Legislación de España, entre otras.

Fue presidente del "Quinto Congreso Nacional de Derecho Civil" y de las "XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", celebrados en la ciudad de Córdoba los días 23, 24 y 25 de setiembre del año 2009 y ha formado parte de numerosas comisiones técnicas encargadas de proponer reformas de la legislación argentina en materia de derecho privado.

En la actividad pública también ha desempeñado roles protagónicos, pudiendo mencionarse, entre otros, haber sido ministro de Gobierno de la Provincia de Córdoba (1983 a 1986) y secretario de Culto de la Nación (1986 a 1989).

Es autor de un importante número de libros y artículos de doctrina, que tienen siempre como sello distintivo su calidad y la agudeza del pensamiento de un jurista que no solo conoce profundamente el derecho, sino también la realidad donde este se despliega. Esa realidad tan dura que la sociedad argentina vive desde hace más de ochenta años, sumida en el subdesarrollo, la pobreza creciente y la apatía y mediocridad dirigencial. Entre sus muchas obras destaco muy especialmente su magnífica "Tutela jurídica del crédito" (Astrea, 1975), obra indispensable para todo cultor del derecho de las obligaciones, "El cumplimiento por tercero" (Depalma, 1972) y el "Daño involuntario" (Astrea, 1973) que abrió rumbos en esta delicada temática.

Docencia, investigación y ejercicio profesional activo e ininterrumpido le han dado a Juan Carlos Palmero una cosmovisión importante y realista del derecho y de la vida, que se refleja en cada uno de los ámbitos en los cuales ha intervenido y lo convierte en un referente indiscutido del derecho argentino.

No quisiera cerrar esta breve semblanza sin mencionar otra de sus grandes pasiones: sus caballos de salto. Juan Carlos Palmero es un apasionado por ellos, tiene un importante establecimiento dedicado a la cría y reproducción, actividad que lo apasiona tanto como la relacionada con el derecho, lo cual es mucho decir.

Hay trayectorias que no se limitan a un solo ámbito, sino que se despliegan como constelaciones: múltiples

Edgardo Ignacio Saux

Viene de p. 1

Toda *laudatio*, como discurso que debe pronunciarse en elogio de alguien, vemos que tiene por característica ser solemne y formal, ya que lleva como fin reconocerle a alguien sus méritos. Pues, bien, me adelanto a decir, que validaré mi labor, dando las razones académicas del porqué el homenaje al Dr. Saux se muestra debidamente justificado, resaltando sus logros en forma acotada, como profesor, doctrinario y como juez. Pero a su vez diré el porqué quienes lo conocemos encontramos justo este honor que se le concede no solo en lo que hizo, sino también por lo que es.

Edgardo Ignacio Saux es abogado recibido en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la misma Casa de Altos Estudios. Ha dictado más de trescientas conferencias en temas de derecho en nuestro país, América y Europa. Ha publicado casi trescientos trabajos de doctrina en nuestro país y en el extranjero. Fue asistente a numerosísimas jornadas y congresos en nuestro país y en el extranjero. Culminó, siempre por concurso, como profesor titular de la Cátedra de Derecho Civil I en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

Es profesor de posgrado en numerosas Casas de Altos Estudios de nuestro país y del extranjero (Universidad Nacional del Litoral, Universidad Nacional de Tucumán, Universidad Nacional de Mendoza, Universidad Nacional del Noreste, Universidad Nacional de Rosario, Universidad Nacional de Bahía Blanca, Universidad de Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica (Rosario), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Santa Fe, Universidad Abierta Interamericana, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, de Montevideo (Uruguay), donde también es profesor visitante.

Director Académico de Cursos y maestrías en nuestro país y en el extranjero. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Profesor Honorario de la Universidad Abierta Interamericana. Miembro de honor del Colegio de Abogados del Perú, Asociado honorario del Colegio de Abogados, Maestros en Derecho y Doctores en Derecho del Estado de Jalisco A. C. Guadalajara, México, entre otras tantas distinciones académicas.

Miembro de la Subcomisión designada para colaborar con la comisión creada por el Decreto Presidencial 191 del 23/02/2011 en la elaboración del Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por ley nacional 26.994. Director del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL y del

puntos de luz que, al mirarlos en conjunto, revelan una figura única. En la abogacía, Juan Carlos Palmero ha sido voz firme y pensamiento claro, capaz de convertir la técnica en herramienta de justicia. En la docencia ha sido faro: no solo enseñó Derecho, sino que enseñó a sus alumnos y discípulos a pensar, a preguntar, a dudar. Y en la investigación ha sido cartógrafo de lo invisible: explorador de conceptos, constructor de puentes entre lo que se sabe y lo que aún está por descubrir.

mismo instituto de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Santa Fe. Jurado en numerosos concursos docentes en distintas universidades del país. Jurado en numerosos concursos de distintos consejos de la Magistratura de nuestro país. Jurado de numerosas Tesis Doctorales y de Maestrías. Ha prologado numerosos libros cuyos autores, en mérito a su jerarquía académica y amistad, se lo solicitaron. Tiene editados diez libros de su autoría y ha participado en ochenta y seis obras entre códigos comentados y obras colectivas. Expresidente de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Ahora, y esto hace a lo que es en el derecho, al que le dedicó su vida, una elección fue su enseñanza, siguiendo con ello el ejemplo de su abuelo y también de su recordado padre, dándole más lustre a un apellido respetado en las aulas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNL, al cumplir una labor que, con el paso de los años, fue reconocida en su esfuerzo, constancia, estudio y firmeza. Honrando con ello a sus afectos más entrañables. Transitó cada posición docente del primero al último por concurso, validando ante sus pares y maestros las razones de sus ascensos. Mostró una entrega casi religiosa a su enseñanza, donde exhibió su estilo y dedicación, permitiendo la construcción de pedestales sólidos que lo encaramaron como maestro ilustrado reconocido por todos, especialmente por sus alumnos, a quienes no solo pudo transmitirles sus afanes, sino darles las herramientas para que en su futuro enaltezcan la carrera elegida, prestando el servicio que encierra, con honradez y el esfuerzo que el culto a la Patria y las exigencias del porvenir requieren. Trató con tal norte, que las semillas que arrojara cayeran en tierra fértil, echaran raíces profundas y dieran los mejores frutos más allá de los límites del aula. Tuvo en cuenta lo expresado por Calamandrei, acerca que así cabe actuar siempre, porque sin ese cemento cohesivo que es el derecho, todas las construcciones de la humana convivencia caen trituradas por el caos. En su mérito los llenó de esperanzas, porque es la sensación más fidedigna de que la vida y el trabajo tienen una razón de ser; y les recalcó que marcharan siempre en las filas del honor, en aras de justificar su existencia y profesión.

Sabedor, a su vez, de que los diplomas obtenidos no le garantizaban ser un hombre erudito, concretó su tarea de doctrinario leyendo libros, buscando ideas, haciendo trabajar su mente, con el fin de participar en mejorar el tiempo jurídico que le toca vivir; y de allí sus libros, artículos y conferencias dictadas. En ese afán de concretar esfuerzos continuos, como pudo verse, no solo fue prolífico, fue también solidario, dando muestras de que las fuentes del egoísmo nunca tuvieron origen en él. Abrió el juego a la participación de colegas y amigos en las obras colectivas que dirigió y en las empresas que emprendió: doy fe de ello en lo personal, aspecto que siempre he valorado de su personalidad, junto con muchos, rindiendo con ello homenaje a los maestros que actuaron a su favor de igual manera. Eso también es una muestra de amor, de felicidad y de ho-

Hoy lo homenajeamos no solo por haber transitado muchos caminos, sino por haberlos recorrido con profundidad, con generosidad y con una convicción serena: la de que el Derecho, en todas sus manifestaciones, es la mejor manera de cuidar el mundo.

Ramón Daniel Pizarro

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2251/2025

nesta humildad. A la par que escribió y escribe con el escrúpulo de verificar todo en su preparación, para que sus conclusiones no resulten improvisadas, por el destino de estas que procura como autor.

Por último, junto a las labores anteriores, su vocación de servicio lo llevó a dar su inteligencia, su fuerza, su vida entera, a la labor judicial. Donde tuvo por fin mejorar el estado de la sociedad en dirección hacia la justicia. En pos de ello recorrió todos los escalones de la carrera judicial hasta llegar a juez de Cámara; y, en cada paso que dio, le fue reconocida su voluntad de trabajo, su vocación de servicio, portando una llama que iluminó sus actos y que hasta el último día de trabajo nunca murió en su corazón el dar a cada uno lo suyo en forma objetiva y concreta. Tuvo claro para ello que no cabe hablar de la justicia, al decir de Cossio, como caridad ni como pureza ni como santidad, siquiera como belleza; pero sí cabe hacerlo —y es legítimo— como orden, como seguridad, como poder, como paz, como cooperación y como solidaridad. En tal excelsa labor fue también reconocido, porque fue creído, porque tuvo la suficiente fuerza para luchar por lo que estaba convencido, sabedor de que solo se puede ser justo siendo humano.

Diré también, porque corresponde, que lo logrado en ese ininterrumpido suceder pudo acontecer por el apoyo de su familia. Primero, la integrada por sus padres y sus cuatro hermanos, ya que los valores adquiridos tuvieron el ejemplo de los primeros, el que lleva siempre con él, entendiendo que por el corazón somos indivisibles con ellos y con su recuerdo. Mientras que el de sus hermanos los renueva diariamente en esos festivales que la vida genera en cada encuentro; y, obviamente por la que formó junto a su querida Dolores, la que le permitió encontrar el amor, su fortaleza y que le dio el mejor de los regalos de la vida, Magdalena, Santiago, Gastón y Hernán, todos excelentes hijos que a su manera le han enseñado desde la primera mirada de qué se trata la vida, amén de como se repara el alma con solo estar con ellos; y qué decir con los nietos que le dieron Santiago y Mariela, Pedro y Julia, los que le generan rituales de amor jamás imaginados, con días de juego semanal esperados, donde la pelota, las espadas, las muñecas y los chocolates son los instrumentos que lo hacen cómplice, tratando de dejar sin trabajo a sus ángeles de la guarda.

Por último, voy a terminar esta alabanza, de allí *laudatio*, hablando lo que vale *Pitín* como amigo, haciéndome eco de lo que seguro pensamos todos. Cicerón proclamaba que la vida no es nada sin la amistad. Tenía razón, porque si la vida es lo que has dado, para tu gozo en ella, la tuya puede contarse —como alguien dijo— no por los años, sino por los amigos conseguidos. Siempre estuve para nosotros en las buenas y en las malas, corrigiendo errores, aceptando defectos y procurando armonías. Y en ese camino hacia ti mismo nos involucraste, comprendiendo que la mejor ayuda para alumbrar el camino no está en la lámpara, sino en la compañía. Porque lo majestuoso

y lo bello nace y se forja en el corazón que mostramos y tenemos, y en esa dulce abnegación por quienes consideramos amigos, tal como vos lo hiciste y haces. Sabemos que contamos con vos y vos con nosotros, lo demuestras con tus actos, con tus hombros siem-

Carlos Clerc

Viene de p. 1

Su camino en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires comenzó como estudiante y, desde entonces, mostró una dedicación ejemplar al conocimiento. Fue distinguido con medalla de oro en el Colegio Nacional de Buenos Aires y con diploma de honor al graduarse en la Facultad. Sin embargo, lo que mejor refleja su esencia no son los premios alcanzados, sino la forma en que asumió la docencia: con sobriedad, rigor y generosidad.”

Durante más de cuatro décadas, Carlos Clerc fue parte viva de la Facultad de Derecho. Su voz se escuchó en las aulas y en los pasillos, en concursos y reuniones, siempre con respeto y autoridad intelectual. Desde allí formó a miles de estudiantes y acompañó a

pre prestos, con tus aportes diarios a la alegría en la sacrosanta Cofradía y con el espejo límpido que es tu alma, donde te veré con amor y gozo hasta el día que yo parta, agradeciéndole a la vida y al destino, junto con todos, el haberte conocido.

nuevos docentes, dejando una huella que trasciende lo académico. Hoy continúa con ese espíritu en su rol como director del Departamento de Derecho Privado II, impulsando el pensamiento crítico y el diálogo como ejes centrales de la enseñanza, alcanzando la máxima distinción de profesor emérito, título otorgado por el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires.

En el campo de los derechos reales, su aporte ha sido decisivo. Su enseñanza no se limitó a transmitir normas: supo vincular la teoría con la práctica, la dogmática con los conflictos de la vida social, la lógica interna del sistema con su función social. Esa mirada lúcida convirtió sus clases en algo más que lecciones de derecho: fueron auténticas invitaciones a pensar.

Su trayectoria también lo llevó más allá de nuestras fronteras, con invitaciones en universidades extran-

Disfruta este momento, lo tienes merecido

Enrique Carlos Muller

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2308/2025

teras, becas y distinciones que reconocieron su prestigio internacional. Pero, aun con esos logros, lo que más se valora en él es su estilo: el respeto hacia el otro, la prudencia en la palabra, la claridad al enseñar y la coherencia entre lo que piensa y hace.

Este homenaje es, en definitiva, una expresión de gratitud colectiva. Es reconocer un modo de ejercer la docencia y de vivir la universidad, que combina rigor, compromiso y humanidad. En tiempos de incertidumbre ejemplos como el suyo nos recuerdan que enseñar derecho no es solo transmitir conocimientos, sino también construir justicia desde el aula.

Leandro Vergara

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2310/2025

Doctrina

Resignificación del acto voluntario



Miguel Federico De Lorenzo

Abogado y Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular de Derecho Civil. Parte General de la Facultad de Derecho (UBA). Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho.

SUMARIO: I. Introducción. — II. La primera resignificación: de la voluntad psicológica a la voluntad jurídica. — III. Segunda resignificación: de la voluntad jurídica al estándar de la debilidad jurídica. — IV. Tercera resignificación: el acto voluntario y la vulnerabilidad. — V. El acto voluntario y las neurociencias. — VI. Acto voluntario y responsabilidad precontractual. — VII. El acto voluntario en el entorno digital. — VIII. ¿Una última resignificación?

I. Introducción

El tema de la voluntad (en sus diversas manifestaciones) es una preocupación permanente en la teoría jurídica.

En sus clases de derecho civil, a comienzos del siglo XX, un catedrático de prestigio sintetizaba la situación afirmando que “el derecho privado es el derecho de la voluntad” (1).

El tiempo no hizo más que confirmar su mirada. Desde entonces, la evolución jurídica no ha hecho más que confirmar e incluso acrecentar exponencialmente la dimensión de este rol de la voluntad en la creación de las relaciones y situaciones jurídicas, aunque lo ha hecho, claro está, a través de nuevos conductos y en un marco filosófico y normativo absolutamente diferente del que consideraba Lafaille en sus clases.

Hoy en día, el “acto voluntario” —muchas veces referido como consentimiento o asentimiento— sigue

siendo un tema central para el legislador, que debe regularlo en un contexto sumamente diverso. No es lo mismo proteger la “voluntad” en el ámbito contractual (ya sea analógico o digital), en el cual las necesidades del tráfico jurídico imponen una necesaria objetivación, que hacerlo en actos relacionados con la bioética, los derechos personalísimos o las disposiciones de última voluntad, donde lo que realmente importa es captar la voluntad genuina de quien lo otorga. Se trata, por ende, de situaciones que mal se prestan a ser reguladas con las mismas normas, porque diversa (incluso inversa) es la lógica que rodea a cada uno de estos ámbitos.

Por ende, podría decirse que la importancia del “acto voluntario” ha crecido notablemente, pero ha perdido su lógica unitaria (2).

Por ello, como inteligentemente lo propone el tema de las XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la idea del acto voluntario exige una prudente resignificación, en el

sentido que se le puede dar a este término en el mundo jurídico: es decir, como un medio para reinterpretar textos y fenómenos históricos, volviendo a evaluar las categorías y los conceptos jurídicos, abriendo de este modo nuevas posibilidades interpretativas (3).

II. La primera resignificación: de la voluntad psicológica a la voluntad jurídica

En el Código Civil y Comercial, el art. 260 viene textual del art. 897, que Vélez había tomado de Freitas y del Código de Prusia, pero introduciéndole algún cambio que hoy en día, a la luz del debate abierto en derredor de las neurociencias, debería ser considerado. En efecto, el Código de Prusia refería a “razón, reflexión y libertad”, mientras que Vélez, aún enrolado en el psicologismo que reinaba en la teoría jurídica de la época, prefirió la redacción de discernimiento, intención y libertad, excluyendo la exigencia de la “racionalidad” y la “reflexión” como requisitos para que el acto sea considerado voluntario (4).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) LAFAILLE, Héctor, “Apuntes de Derecho Civil I”, (tomados por sus alumnos Busso y Morixe), Menéndez, Buenos Aires, 1921, t. 2, p. 110;

(2) Más ampliamente en: DE LORENZO, Miguel Federico, “El negocio jurídico. Crisis y fragmentación”, Ed. Ad Hoc, 2024, p. 160 y ss.; CHRISTELLE, Maxence “Le Consentement”, Humensis, col. Que-

Sais-je, Paris, 2023, p. 120: Il n'existe donc pas un concept de consentement, mais plusieurs; chacun possédant ses spécificités.

(3) Véase el logrado estudio de CROVI, Daniel, “La resignificación de la teoría general de los actos voluntarios”, en LA LEY del 18 de julio de 2025, p. 1 y ss.; y los interesantes puntos de vista de SAUX, Wagner, Fabiano, Fornari, Chiapero y Depetris en Ed. El Derecho del 1/09/2025. Sobre la resignificación de con-

ceptos jurídicos: COHEN, Félix, “El método funcional en el derecho”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, trad. del inglés por Genaro Carrió, p. 49 y 56;

(4) Véase: LEÓN, Pedro, en Boletín del Instituto de derecho civil, Córdoba, 1947, p. 52, quien sin embargo opinaba que, pese al cambio de palabras, el codificador quiso decir lo mismo.

De todos modos, el art. 897 del Código anterior fue un claro ejemplo de error de técnica legislativa. La caracterización que hizo Vélez —y que el art. 260 del Cód. Civ. y Com. reproduce— ha sido tachada con razón de enteramente teórica y equívoca, pues se enrola en la concepción psicológica de los actos voluntarios, considerada falsa e insuficiente por la doctrina moderna (5).

Falsa, porque, como decía Borda, lo que interesa al derecho no son los procesos íntimos, desarrollados en el fondo de la conciencia individual, sino su exteriorización (6). Insuficiente, porque resulta normativamente estéril establecer en una regla detallada los requisitos del acto voluntario si, al mismo tiempo, no se la armoniza con otros principios vigentes en el Código como el de la tutela de la confianza y de la buena fe.

Por estas, entre otras razones, la versión psicológica del acto voluntario se hizo indefendible (7).

En efecto, la realidad del derecho positivo fue dejando en evidencia una tensión difícil de ignorar: hay situaciones en las que la norma presume la existencia de una voluntad que, en realidad, puede estar ausente o afectada; y otras en las que esa voluntad sí existe, pero el sistema jurídico no la reconoce. Frente a esta realidad, la doctrina nacional comenzó a abrirse a una primera *resignificación del acto voluntario* y admitir que la voluntad jurídica no se identifica con la voluntad psicológica (8).

Explicando este giro, Roberto Brebbia (9) —uno de los juristas que mejor supo captar la quintaesencia del acto jurídico— señalaba que la mención de los elementos internos en el antiguo art. 897 (hoy art. 260 del Cód. Civ. y Com.) no implica que el derecho civil adopte un enfoque puramente psicológico para definir estos actos. Sería un error pensarlo así —expresaba en la misma línea Santos Cifuentes—, ya que cualquier concepto tomado de la realidad, al ser incorporado por el ordenamiento jurídico, necesariamente se transforma: sus rasgos originales se atenúan para adaptarse a las exigencias del sistema normativo (10).

Como quiera que sea, esta idea de una “voluntad jurídica” en reemplazo de la “voluntad real” lejos estuvo de ser solo una adecuación jurídica de un fenómeno psicológico. Por el contrario, se trató más bien de un giro de ciento ochenta grados, en la medida que

abrió la posibilidad al acto jurídico *más allá* del acto voluntario (11).

Los ejemplos que justifican este punto de vista son numerosos. El Código prescribe, sin admitir prueba en contrario, que todos los actos lícitos realizados por la persona que no ha cumplido trece años son involuntarios por carecer estas personas de discernimiento (art. 261), aun cuando en la realidad social existan menores que posean una relevante aptitud psíquica para apreciar las consecuencias de sus acciones. Parecida cosa sucede cuando se otorga validez al acto realizado por error esencial (que daña la intención), si no es reconocible (art. 266); o cuando se otorga plena eficacia al acto realizado por una persona con enfermedad mental y que luego es restringida en su capacidad, si no se da ninguno de los tres supuestos que contempla el art. 45 del Cód. Civ. y Com.; etc.

Estos casos, entre tantos otros, ponen claramente de relieve que puede haber una voluntad jurídica que no tenga como sustento una voluntad psicológica real; y viceversa, que puede existir la voluntad psicológica sin que la ley la considere (12).

En otras palabras, la voluntad jurídica se apoya en la voluntad psicológica, pero no se identifica con ella. Es, más bien, su traducción al lenguaje del derecho. Así lo entendía López Olaciregui, quien, además —a mi entender— introdujo una de las resignificaciones más sugerentes que se haya hecho: redefinió el acto voluntario no como cualquier manifestación de querer, sino como aquel al que *resulta justo atribuirle un tratamiento normativo propio de los actos voluntarios* (13).

La noción de “voluntad jurídica” —o “voluntad normativa”— como contracara de la voluntad psicológica ha recorrido un largo camino en la doctrina. Desde hace años se emplean las expresiones más variadas que tienden en definitiva a captar los diferentes supuestos normativos que contempla nuestro sistema: la voluntad presunta, la voluntad aparente (14), la voluntad inferida (15), la voluntad descubierta (16), y así sucesivamente.

Por mi parte (17), desde hace tiempo sostengo que —del mismo modo de como ocurre en el sector aquiliano— el ordenamiento *atribuye* el acto al agente según diversos *criterios de imputación normativa* que

no necesariamente se corresponden con la voluntad *in rerum natura* (o voluntad psicológica), sino que responden a los diversos criterios que emplea el derecho para garantizar, en cuanto posible, la buena fe y la seguridad del tráfico jurídico: la apariencia (arts. 45, 367, 392,883 incs. “e” y “d”, 315, 337, 2312 entre otros), la confianza (art. 1067), la autorresponsabilidad y, por supuesto, la voluntad psicológica o real (arts. 55, 2470, entre tantos).

Muchas de estas normas se justifican *no por la voluntad individual*, sino por la necesidad de garantizar la seguridad de los intercambios: es decir, se justifican por *una racionalidad funcional al tráfico jurídico*.

La tutela de la buena fe y de la confianza no se justifica por la voluntad, sino por su función racional dentro del sistema: permite que los actos jurídicos se mantengan estables, que los terceros puedan confiar, y que el mercado funcione sin fricciones excesivas.

Hay aquí una forma de *racionalidad sistémica*, aunque pueda implicar, en el caso puntual, una irracionalidad individual (en la representación aparente alguien queda vinculado a un contrato sin voluntad).

Como decía Atilio Alterini (18), no son pocos los casos que el derecho equipara a una declaración de voluntad un comportamiento por la cual se despierta negligentemente la apariencia de una declaración de voluntad. Una idea que, como luego veremos, a medida que los negocios jurídicos tienden a celebrarse en entornos digitales (en especial con el empleo de IA) adquiere mayor trascendencia para explicar el fenómeno de la imputación del acto al agente (19).

En suma, no se trata de un simple redimensionamiento de la voluntad dentro de la teoría del acto jurídico (debate que era propio de la contienda entre voluntaristas y declaracioncitas), sino de un fenómeno de otra índole: *la existencia de una multiplicidad de factores de atribución negocial*. O, dicho de otro modo: *el fundamento de la atribución del negocio jurídico desplaza su centro de gravedad de un sistema sustentado exclusivamente en la voluntad a otro policéntrico*.

En cualquier caso el acto, aun “involuntario”, atribuido al sujeto por la apariencia o por la confianza o por la tutela de la buena fe, es perfectamente válido y eficaz (20).

(5) ORGAZ, Alfredo, “Hechos y actos o negocios jurídicos”, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 21 y ss.; BORDA, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, § 816, p. 63; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, en Bueres (dir.) - Highton (coord.), “Código Civil y normas complementarias”, T. 2-B, p. 418; SPOTA, Alberto G., “Tratado de Derecho Civil. Parte General”. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, T. 1, v. 3 (Hechos y actos jurídicos), §1777; Comp.: CIFUENTES, Santos, “El negocio jurídico”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 68.

(6) BORDA, Guillermo, ob. cit., § 817; de modo similar: SPOTA, Alberto G., ob. cit., §1777, p. 64, con un excelso estudio del tema;

(7) Según entiendo, fue Thon uno de los primeros en romper con el enfoque psicológico del acto voluntario y en definir el negocio ubicándose desde una óptica distinta de la voluntad de las partes (THON, August, “Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto”, (de la edición alemana de 1878 por A. Levi), Cedam, Padova, 1951, p. 344; y luego, en una obra que Borda siguió al detalle: DANZ, E., “La interpretación de los negocios jurídicos”, (de la tercera edición alemana), Madrid, 1955, p. 25 y ss.; y estudios de: MESSINA, Giuseppe, “La simulazione assoluta” en *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1948 (el trabajo fue publicado en 1907), p. 69 y ss. y FUBINI, Riccardo,

“La dottrina dell’errore”, Fratelli Bocca, Milano, 1902, p. 75 y ss.

(8) Véase: BREBBIA, Roberto, “Hechos y actos jurídicos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, T. I, p. 46 y T. II, p. 24; pero antes: RISOLÍA, Marco A., “Soberanía y crisis del contrato”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 37 y ss.;

(9) Ibídem, T. I, p. 46;

(10) CIFUENTES, Santos, “Negocio Jurídico”, Ed. Astrea, Bs. As., p. 69; pero antes: COSSIO, Carlos, “El ser y la norma”, en Ed. La Ley, T. 68, p. 761; ORGAZ, Alfredo, “La culpa”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1981, n. 2, p. 37; y originariamente: RADBRUCH, Gustav, “Filosofía del Derecho”, (de la edición de 1932), Ed. Reus, Madrid, 2007, p. 215.

(11) Dos estudios memorables abordan este giro: HEBRAUD, Pierre, “Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques”, en *Mélanges Offerts à Jacques Maury*, Dalloz, Paris, 1960, T. I, p. 420; HAUSER, Jean, “Objectivisme et subjectivisme dans l’Acte Juridique”, préface de P. Raynaud, LGDJ, Paris, 197, p. 37 y ss.

(12) Para ampliar: CROVI, Daniel, “La resignificación de la teoría general de los actos voluntarios”, ob. cit.

(13) Anotaciones a SALVAT, Raymundo, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Ed. Tea, T. II, § 1565-A; sobre la “imputación normativa”: BOFFI BOGGERO, Luis María, “Estudios jurídicos”, Buenos

Aires, 1969, p. 69.

(14) DANIS-FATÔME, Anne, “Apparence et contrat”, LGDJ, Paris, p. 574.

(15) DE LORENZO, Miguel Federico, ob. cit.

(16) Véase el interesante trabajo de: CHIAPERIO, Silvana, “Consentimiento informado en personas con discapacidad física o psíquica”, en LA LEY del 26/09/2024, p. 1 y ss.

(17) DE LORENZO, Miguel Federico, “Autoría e imputación en el ámbito contractual”, en LA LEY, 1998-C, 1217.

(18) “Formas modernas de contratación” en “Cuestiones modernas de responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1988, p. 3.

(19) Sobre estas cuestiones recientemente: COCCO, Annalisa, “Apparientia iuris e nuove tecnologie”, Esi, Napoli, 2024, p. 189 y ss.; FORNARI, María Julia, “El impacto de las tecnologías en la teoría general del acto voluntario y en los vicios de la voluntad”, en *Derecho privado patrimonial. Homenaje a Palmero, Saux y Clerc*, por DANUZZO, S.- MULLER, E. - PIZZARRO, D., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2025, p. 300; DANUZZO, Sebastián, “Revolución digital. Mercado Electrónico. Responsabilidad civil de las plataformas de ventas digitales”, ibídem, p. 189 y ss.

(20) FRANÇOIS, Clément, “L’acte juridique irrégulier efficace”, Prologue de Revet, LGDJ, Paris, 2020.

No hay en esto —si se observa no ya al acto individual, sino al sistema en su conjunto— ningún “*destrozo lógico*” (21), ni una “*anormalidad*” del sistema jurídico (22), sino, por el contrario, aquello que una doctrina atenta a la evolución de la categoría del acto negocial denominaba como una *geometría variable* (23) o un *criterio elástico* (24) al que todo ordenamiento debe recurrir, para regular con equilibrio la dinámica del acto jurídico *en los diferentes y heterogéneos ámbitos* en los que opera en la sociedad contemporánea.

Vale aclarar, para evitar una mala interpretación, que afirmar que la voluntad no constituye un requisito “*inexorable*” del negocio jurídico no equivale a sostener que la voluntad real no sea considerada por el sistema en la gran mayoría de los actos (25); *ni que el derecho se desinterese por la voluntad o por lo subjetivo* (26).

De hecho, si una trascendente resignificación ha tenido el “acto voluntario”, esta ha sido precisamente la de la revalorización *sustantiva* de la voluntad tanto en el acto jurídico patrimonial como en el extrapatrimonial. Ejemplos claros de esta evolución pueden encontrarse en figuras como la autonomía progresiva, el consentimiento informado y el moderno derecho al arrepentimiento, previsto tanto para actos existenciales (art. 55 y cc. Cód. Civ. y Com.) como patrimoniales (art. 1110 Cód. Civ. y Com.).

En síntesis, el “acto voluntario” continúa siendo una pieza clave en la arquitectura del derecho privado, *pero ha cambiado el modo en que se lo protege*.

III. Segunda resignificación: de la voluntad jurídica al estándar de la debilidad jurídica

Una segunda resignificación puede ubicarse cuando comienza a delinearse la “debilidad jurídica” como una categoría (27).

En las *Jornadas Nacionales de 1985 (Corrientes)* la debilidad jurídica (categoría que hace pie en el “acto voluntario”) se enfocó en la protección de la parte más débil en un contrato. Y se recomendó, *de lege ferenda*, la incorporación al Código Civil como principio la protección de la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o acreedor.

En 1989 en las *Jornadas Nacionales* de la Universidad Nacional del Comahue se vuelve sobre esta cuestión, señalando que el derecho civil debe atender a las diferencias en lo socioeconómico y cultural. Estableciéndose una regla de descalificación de todas las formas de aprovechamiento y de abuso; hacia el respeto de todas las formas de equivalencia.

Llegamos así a las *XXVIII Jornadas Nacionales de Mendoza* (2022) en las cuales se postuló por unanimidad que

(21) Como lo entendía NIETO BLANC, Ernesto, “Nulidad en los actos jurídicos”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 178.

(22) Puntualmente: BIGIAMI, Walter, “Normalità e anormalità nella costruzione giuridica”, *Rivista di Diritto Civile*, 1968, p. 518.

(23) FALZEA, Angelo, “L’Atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici”, en *Rivista di diritto Civile*, 1996, p. 48.

(24) SCOGNAMIGLIO, Renato: “Contributo alla teoria del negozio giuridico”, Jovene, Nápoles, 1969, 2ª ed. § 20.

(25) Así, el inolvidable BUERES, Alberto, “El vicio de error y los requisitos de excusabilidad y reconocibilidad”, en LA LEY, T. 2005-E, 1345.

(26) Pioneros en la doctrina nacional en este enfoque de la “voluntad”, el insoslayable estudio de dos notables civilistas: OSSOLA,

“*la tutela jurídica de la persona frente a los avances tecnológicos debe reforzarse en el caso de personas singularmente vulnerables como niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad*”.

El Código Civil y Comercial recoge estas recomendaciones a través de dos vectores:

a.- El primero es procurar una protección del acto voluntario no en abstracto, por la voluntad misma, sino considerando a la “*manifestación de la voluntad*” en el contexto de la naturaleza del acto y/o de las características de las personas que la realizan (acto médico, voluntad procreacional, contrato por adhesión, disposición de derechos personalísimos, contrato a distancia, contrato de consumo, etc.).

b.- El segundo es que la tutela debe diseñarse no solo a través de remedios *ex post* como son los vicios de la voluntad, sino también y fundamentalmente *ex ante* a través de la *prevención de las causas que provocan los vicios*.

Así, y solo por dar un par de ejemplos, en determinados casos, en razón del bien jurídico en cuestión o de la cualidad o debilidad del sujeto que interviene, se relativiza —¡nada menos!— que la regla de oro del acto jurídico, es decir, su obligatoriedad, consagrando la facultad de *repensar* y de “*arrepentirse*” de la manifestación de voluntad dirigida al tercero (arts. 55, 56, 58, 60, 561, 1110 entre otros del Cód. Civ. y Com.).

La tutela más eficiente es permitirle al interesado “salir sin costos” de la situación jurídica en la que ingresó deficitariamente.

En otras ocasiones, el Código Civil y Comercial opta por *mecanismos preventivos para proteger la manifestación de la voluntad*, reconociendo que la nulidad del acto puede resultar un remedio tardío e ineficaz, tanto para el sujeto vulnerable como para el comercio jurídico. Con ese objetivo se refuerzan las exigencias de información, transparencia, buena fe y lealtad en la formación del acto, como puede observarse en diversos artículos del Código Civil y Comercial (por ejemplo, los arts. 961, 1101, 1379, 1385 y 1514, entre tantos otros).

IV. Tercera resignificación: el acto voluntario y la vulnerabilidad

La última categoría que ha ingresado al derecho civil —siempre en resguardo del “acto voluntario”— ha sido la “*vulnerabilidad*” (28), entendida en este ámbito como un *conducto de tutela frente a situaciones de fragilidad decisional tanto en el ámbito patrimonial como en el extrapatrimonial* (29).

En las *XXVIII Jornadas Nacionales* de Mendoza se coincidió en que *la persona vulnerable debe ser pro-*

Federico - VALLESPINOS, Gustavo, “La obligación de informar”, Ed. Advocatus, 2001, p. 266;

(27) Por todos: ALTERINI, Atilio - LÓPEZ CABANA, Roberto, “La debilidad jurídica en la contratación contemporánea”, en *Derecho de Daños*, Ed. La Ley, 1992, p. 84.

(28) Por todos: SAUX, Edgardo, “Vulnerabilidad”, en “Estudios de derecho privado: en homenaje al profesor doctor Jorge H. Alterini”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2024, p. 45; y la excelente obra de: SAHIÁN, José H., “La vulnerabilidad en el derecho privado. Teoría general, transversalidad y especificidades”, Ed. La Ley, Bs. As., 2025, p. 361 y ss.

(29) PATTI, Salvatore, “Il contraente fragile”, *Rivista Trim. di diritto civile*, 2025, p. 229; IRTI, Claudia, “La rilevanza giuridica della perso-

tegida por las herramientas de tutela preventiva y que la protección diferenciada en situaciones de especial vulnerabilidad o desventaja constituye un principio del Derecho del Consumidor.

En este punto, uno de los logros del Código Civil y Comercial es el haber *visibilizado a los vulnerables* a través de la tutela de distintas situaciones de fragilidad: niños, niñas, adolescentes, pacientes, persona sometida a una investigación médica, persona con una enfermedad irreversible e incurable, consumidores, contratante adherente, contratante en un entorno digital, el contratante cautivo, etc. (30).

No solo eso: en más de una ocasión he sostenido que el Código Civil y Comercial puede ser leído como un verdadero “código de la prevención”. Pocos temas lo ilustran mejor. Por diferentes conductos el Código Civil y Comercial se orienta a “evitar” que se concrete el abuso de la libertad negocial. Deberes de información, exigencias de un consentimiento informado, transparencia de las condiciones negociales, el poder disuasivo de las cláusulas abusivas, la prohibición de la publicidad engañosa, de las prácticas abusivas, del abuso de posición de dominante, el derecho al arrepentimiento en los contratos digitales, entre otros conductos contemplados, confirman esta orientación moderna de la *preservación, en cuanto posible, del acto voluntario*.

Otro tanto ocurre con las nuevas tecnologías, en condiciones de acentuar la vulnerabilidad cognoscitiva (31); y para lo cual el Código Civil y Comercial dispone que, si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo y *para tener absolutamente en claro quién asume esos riesgos* (art. 1107).

Pero al margen de servir de “fundamento normativo” para estas *fattispecies* puntuales, ¿qué función puede acordársele al estándar de la vulnerabilidad en *una teoría del acto voluntario*?

Entiendo que la situación de vulnerabilidad tiene importancia en la “*construcción del caso*” a través de los hechos (32).

De este modo, la vulnerabilidad puede operar como punto de relevancia hermenéutica en el sentido de exigir a la *fattispecie* (abuso del derecho, cláusula abusiva, lesión subjetiva, vicio de la voluntad, etc.) frente a formas de debilidad no categorizadas, hasta el límite de su elasticidad para resolver el “caso”.

Así, por ejemplo, la vulnerabilidad puede operar, frente a la taxatividad de los vicios de la voluntad, como

na anziana”, en *Un diritto gentile per la persona anziana*, Pacini, Pisa, 2023 p. 31.

(30) KEMELMAJER, Aída, “El derecho humano de las personas mayores a una vida familiar sin violencia”, LA LEY, T. 2024-E, p. 64 y ss.; SAHIÁN, José, ob. cit., ps. 364 y más adelante, 448 y 524.

(31) HERNÁNDEZ, Carlos, “Comercio electrónico y relaciones de consumo”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2023, nro. 1, p. 195; GORGONI, Antonio, “La vulnerabilità nell’ambiente digitale e la protezione della libertà del volere”, *Persona e Mercato*, 2024, p. 915; SAHIÁN, José, ob. cit., p. 366.

(32) HRUSCHKA, Johannes, “La costituzione del caso giuridico”, Il Mulino, Bologna, 2009.

un criterio de *plasticidad hermenéutica* para cada uno de los vicios legislados (33).

Como enseña Lorenzetti, la vulnerabilidad enfoca a la persona particularizada. Es decir, se prescinde de la generalidad abstracta del sujeto de derecho para inmiscuirse en la delicada tarea de presentar reglas para la situación concreta de la persona, con las circunstancias que atañan o la rodean.

V. El acto voluntario y las neurociencias

Pasando ahora al tema comportamental y de las *neurociencias*, no dudo que estas pueden contribuir —con enfoques interdisciplinarios— a brindar una representación de la persona mucho más articulada y real que la supuesta por el modelo antropológico del siglo XIX, abriendo la vía a nuevas herramientas.

En el plano del derecho positivo la cuestión se vincula con un problema de política jurídica. En la etapa precontractual, ¿estas herramientas deben traducirse en “reglas validez del acto jurídico” o en “reglas del comportamiento”? (34).

El Código Civil y Comercial muestra una marcada preocupación por acercar, *a través de normas sobre el comportamiento precontractual*, el acto voluntario a una decisión racional. A tal fin, ya he mencionado numerosos conductos que tienden a ese objetivo (así, arts. 985, 987, 1100, 1101, 1107, 1385, 1504, etcétera) (35) y que seguramente habrá que extender para afrontar al acto celebrado en un entorno digital, especialmente con el uso de la IA.

En cambio, resulta opinable que lo racional sea una *exigencia para la validez del acto*. Por ello, no parece conveniente la incorporación de *reglas de validez* que introduzcan un nuevo vicio o un requisito adicional del acto voluntario con fundamento en los sesgos cognitivos (36).

El tráfico moderno exige certeza (37). Una regulación de ese tipo —como vimos al inicio— sería inconveniente para nuestro sistema jurídico.

VI. Acto voluntario y responsabilidad precontractual

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, vale mencionar —sin que pueda extenderme aquí— que el Código Civil y Comercial contempla *también* la posibilidad de otra herramienta residual para la tutela del “acto voluntario”, que ha sido poco estudiada en nuestro medio. Me refiero a la responsabilidad civil (precontractual) por el contrato que, aun siendo válido y

eficaz, fue *celebrado con mala fe* (arg. arts. 273, 275 y 961 del Cód. Civ. y Com.).

Se habla en estos casos de responsabilidad civil por “vicios incompletos” (38). En nuestro medio una doctrina autorizada avala esta responsabilidad (39). El hecho de que los vicios de la voluntad sean taxativos no clausura la posibilidad —a partir de una extensión del régimen previsto para el dolo incidente— de una responsabilidad por la celebración de un contrato válido, aunque celebrado con mala fe (art. 961 Cód. Civ. y Com.); ello, en la medida que se trata de un daño no justificado, porque no proviene del ejercicio regular de un derecho (arg. arts. 10 y 1718 Cód. Civ. y Com.) (40).

VII. El acto voluntario en el entorno digital

El último aspecto tiene que ver con las nuevas tecnologías digitales. Aquí vuelve a notarse la *geometría variable* del sistema.

El tema obviamente abre a numerosas cuestiones, por lo que solo me detendré en dos aspectos directamente vinculados a la “resignificación” del acto voluntario.

1.- El primero de ellos tiene que ver con la imputación de las declaraciones generadas por IA.

Esta cuestión que hay que compaginarla con la definición del acto jurídico que se encuentra plasmada en el art. 259 del Cód. Civ. y Com. y que impone una triple voluntad: voluntad de declarar, voluntad del contenido y voluntad del fin jurídico.

Lorenzetti, que ha sido pionero en plantear la problemática del negocio digital (41), señala que el acto jurídico celebrado por medios electrónicos presenta características diferentes respecto del modelo clásico. Por esta razón hay efectos particulares como el de la posibilidad de imputar la declaración en forma objetiva (42).

Efectivamente, el entorno digital (especialmente con IA) para la celebración del acto jurídico (43) enfatiza la idea de una imputación objetiva de la voluntad frente a decisiones autónomas sin una autoría inmediata del agente (44).

Pero, ¿existe un fundamento normativo para imputar la manifestación autónoma hecha por un programa inteligente?

Responder esta cuestión es una de las tareas más dificultosas que atraviesa la teoría del negocio jurídico en la actualidad. Además, la respuesta depende de

múltiples matices: si la contratación es paritaria, de consumo, entre máquinas, etc.

Las teorías que se ensayan son varias: agentes de *software* como nuncios, como representantes, como sujeto, etc.

Entiendo que la voluntad que exige el art. 259 del Cód. Civ. y Com. quedaría cumplida con *una voluntad negocial genérica* contenida en los parámetros definidos en la programación. Por lo demás, la disposición de estos agentes para participar en el tráfico jurídico implica, de por sí, una *conciencia genérica* sobre la emisión de declaraciones con relevancia jurídico-negocial.

Por otra parte, mientras no haya una ley especial, me inclino por la aplicación a estos supuestos —haciendo el debido paralelismo— del régimen de las *declaraciones negociales de riesgo*, como el que se contempla para las declaraciones “firmadas en blanco” que son imputadas a quien las emite (45).

La nueva redacción del art. 315 del Cód. Civ. y Com. lo permite. Según este precepto, el acto jurídico tiene eficacia para los terceros de buena fe aun cuando haya sido instrumentado en un documento firmado en blanco que fue sustraído y completado en contra de la voluntad del signatario.

Este paralelismo —se sostiene en el derecho comparado— tiene la virtud de explicar —salvo hipótesis puntuales— la imputación objetiva de la decisión algorítmica y de enervar la facultad de oponer a terceros posibles desviaciones entre el diseño del algoritmo, los resultados esperados y la decisión efectivamente producida por el sistema algorítmico (46).

2.- Un segundo aspecto tiene que ver con la articulación entre “voluntad” y “derechos personalísimos” en el contexto de las plataformas digitales. Aquí nos enfrentamos al problema de la protección de la persona frente a los riesgos introducidos por las nuevas tecnologías.

Conceptualmente las plataformas digitales no niegan nuestra libertad, sino que, conscientes del condicionamiento que imponen, nos consultan previamente sobre nuestra conformidad para recolectar nuestros datos personales. Frente a esta situación, resultaría ineficiente si el *consentimiento* fuera el único sostén frente a las prácticas depredadoras que se producen en este ámbito. Cuando para aceptar el tratamiento de los datos, basta con un “clic”; para “rechazarlo”, se requiere de mucha paciencia y esfuerzo. Cuando, como

(33) TOBÍAS, José W. - DE LORENZO, Miguel Federico, “El dolo en el Derecho Civil, propuestas para una noción en eclipse”, Ed. La Ley, 2001, p. 1116; ZINNO, María, “Abusi dell’autonomia e scelta negoziale. Contributo allo studio della violenza morale”, Giappichelli, Torino, 2025, esp. p. 148 y ss.

(34) Sobre esta trascendental diferenciación: PIETROBON, Vittorio, “El error en la doctrina del negocio jurídico”, RDP, Madrid, 1971, p. 133 y ss.; D’AMICO, Giovanni, “Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto”, en *Riv. Dir. Civile*, 2002, p. 37.

(35) Sobre este enfoque: AUDIT, Pierre-Emmanuel, “De quelques enseignements de l’analyse comportementale du droit en matière d’information du contractant” en *Revue trimestrielle de droit civil*, 2021, p. 545 y ss.; GENTILI, Aurelio, “Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali”, en *Rivista Diritto Civile*, 2013, p. 1123; ACCIARRI, Hugo, “Derecho y análisis del comportamiento”, TR LA-LEY AR/DOC/3607/2019;

(36) Por su parte el vicio de lesión, dado que la enumeración del elemento subjetivo del art. 332 Cód. Civ. y Com. es solo indicativa, resulta suficientemente amplio (sobre esta posibilidad: CORNET, Manuel, “Lesión y avanzada edad”, en *Derecho privado patrimonial. Homenaje a Palmero, Saux y Clerc*, ob. cit., p. 151).

(37) ALTERINI, “Contratos”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, 2ª edición, p. 183.

(38) MANTOVANI, Manuela, “Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio”, Giappichelli, Torino, 1985;

(39) ALTERINI, ob. cit., p. 301; asimismo: APARICIO, Juan M., “Contratos. Parte General”, Ed. Hammurabi, Bs. As., T. 1, § 454.

(40) ALTERINI, ibidem.

(41) LORENZETTI, Ricardo, “Comercio Electrónico”, Ed. Abeledo Perrot, 2001.

(42) LORENZETTI, Ricardo, “Teoría general del contrato”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, 3ª ed., p. 80.

(43) Ver el interesante punto que plantea: SANTARELLI, Fulvio, “La Ley Modelo sobre contratos automatizados de UNCITRAL. Breves consideraciones acerca del riesgo contractual”, LA LEY del 18/08/2025, 8.

(44) FINOCCHIARO, Giusella, “Il contratto nell’era dell’intelligenza artificiale”, *Riv. Trim. di Diritto Civile*, 2018, p. 456.

(45) DE LORENZO, Miguel Federico, “El negocio jurídico en el siglo XXI (a propósito del CCyC)”, en KEMELMAJER - LORENZETTI - MARINI - VERGARA, “Volume per il decennale del codice civile e commerciale Argentino”, Cedam, Padova, 2025, p. 50 y ss.

(46) RUSTER, Andreas, “Willenserklärungen autonomer Systeme? Zurn Vertragsschluss bei Einsatz künstlicher Intelligenz”, en *Juristische Rundschau*, 2020[10]; ALVES LEAL, A., “Decisões, algoritmos e interpretabilidade em ambiente negocial. Sobre o dever de explicação das decisões algorítmicas”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2022, vol. LXII, p. 88.

se sabe, en las plataformas digitales nada se negocia, porque todo es “adhesión”, dejar a los derechos personalísimos en las manos del “consentimiento” constituye una técnica solo aparente de protección (47).

Aquí la vía del “consentimiento” resulta insuficiente. Nadie estaría dispuesto a privarse de usar Gmail, el ChatGPT o WhatsApp, por no consentir el uso de sus datos. Por lo tanto, la exigencia de un consentimiento resulta estéril. Renace por lo tanto la importancia, en este tema, del *derecho objetivo* por sobre el *derecho subjetivo* en el tratamiento de los datos, en especial sobre la circulación y los usos “secundarios” que se hacen de ellos (48).

VIII. ¿Una última resignificación?

De las consideraciones precedentes se desprende que el “acto voluntario” conserva, en la actualidad, una relevancia significativa tanto en el ámbito patrimonial como en el extrapatrimonial.

En cambio, estimo que la noción del acto jurídico como manifestación (“necesariamente”) voluntaria se encuentra en tensión. Diversas disposiciones normativas admiten la validez de actos celebrados sin pleno discernimiento, intención o libertad, ya sea en virtud de la apariencia, la confianza legítima, la tutela del ter-

cero de buena fe o la necesidad de preservar la seguridad del tráfico jurídico.

En este marco, se advierte una disociación entre ciertas formas actuales de atribución del acto y la definición clásica de Savigny, recogida en el art. 259 del Cód. Civ. y Com. Tal como ha señalado recientemente un reconocido romanista (49), esta situación parece configurar un problema de “continuidad terminológica y discontinuidad conceptual”, en el que la persistencia de conceptos tradicionales no logra reflejar adecuadamente las transformaciones normativas y funcionales del sistema.

Lo había anticipado magistralmente López Olaciregui, como ya se mencionó, cuando propuso redefinir el acto voluntario como *aquel al que resulta justo atribuirle un tratamiento normativo propio de los actos voluntarios*.

Resta aún, en todo caso, una resignificación del acto jurídico, el que debería ser entendido si se quisiera conservar una correspondencia entre su definición y el régimen jurídico, no como una manifestación —insisto— “necesariamente” voluntaria con el fin de producir efectos jurídicos, sino más bien como *el acto que, exteriormente observado —según la experiencia del tráfico—, es imputado objetivamente al sujeto, porque crea*

la apariencia de exteriorización de un cierto contenido de voluntad negocial (50).

Este concepto, que parte de la idea de que el negocio genera efectos jurídicos *no solo* por la voluntad, *sino también* por la confianza que dicha declaración genera, permite captar —sin forzar la lógica de los conceptos— fenómenos como el contrato por adhesión o el consentimiento en el contrato digital con IA, en los cuales la voluntad individual es difusa, pero la confianza y el tráfico jurídico exigen protección (51).

¿Significa esto apartar la noción del acto jurídico del acto voluntario? En absoluto. La relevancia de la voluntad sigue siendo la regla general y corriente para muchísimos actos. Pero no la única.

Esto en un plano dogmático. En el plano legislativo resulta pertinente recordar la advertencia formulada por un prestigioso jurista: “es preferible que la ley no se ocupe de teorizaciones, pues es peligroso encerrar los conceptos jurídicos en definiciones, dado que con el tiempo pueden convertirse en moldes demasiado estrechos, en los que queda aprisionada la evolución del derecho” (52).

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2226/2025

(47) HÉRITIER, Carine - GUILLERMIN, Mathieu, “Consentement et nouvelles technologies”, en *Le consentement*, ob. cit., p. 307 y ss.

(48) DE LORENZO, M. F., “La tutela del derecho personalísimo a los datos personales (La actualidad del debate entre Alfredo Orgaz y Santos Cifuentes)”, en *Estudios del Centro*, año 2023, p. 7.

(49) CARDILLI, Riccardo, “Aspetti e problemi dell’autonomia negoziale tra continuità terminologica e discontinuità concettuale”, Giappichelli, Torino, 2024, p. 189 y ss.

(50) DE LORENZO, M. F., “El negocio jurídico”, ob. cit., p. 152.

(51) SACKER, Franz, “Münchener Kommentar zum Bürgerlichen

Gesetzbuch”, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240 BGB. 6. Auflage. München: C. H. Beck, 2012.

(52) BORDA, Guillermo, “Tratado de derecho civil. Parte General”, ob. cit., T. I, n° 121, p. 142.

Los medios para forzar el cumplimiento de la obligación



Carlos A. Calvo Costa

Profesor Regular Titular por concurso de Obligaciones Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho (UBA). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Los medios compulsivos de la obligación. — II. La discutible admisión en la doctrina de los medios para forzar el cumplimiento. — III. Elementos distintivos de los medios compulsivos. — IV. Colofón.

I. Los medios compulsivos de la obligación

Sabido es que ante la eventualidad de que el deudor de una obligación no cumpla voluntariamente con la prestación asumida en la relación jurídica, el ordenamiento le brinda al acreedor una serie de dispositivos que le otorgan la posibilidad de que pueda obtener la satisfacción de su interés, ya sea a través de la ejecución forzada, de la ejecución por otro o, en su defecto, por equivalente. Dichos institutos, que solo se tornarán operativos una vez que se ha configurado el incumplimiento de la obligación, los encontramos hoy regulados en el art. 730 del Cód. Civ. y Com.

Sin embargo, además de dichas herramientas jurídicas con las que cuenta el *accipiens* existen otros mecanismos que, antes de que se plasme el incumplimiento del deudor, se erigen en medios de presión lícitos para forzarlo a cumplir. Ello así, puesto que la coercibilidad que caracteriza a la obligación (1) habilita el uso de estos otros medios para que el acreedor logre torcer la voluntad del deudor (2). De no ser así, se frustraría el derecho a la prestación del acreedor, toda vez que el deudor se transformaría en árbitro de la situación (3) y podría ser quien en definitiva elija cumplir o no, como si se tratara de una obligación facultativa o alternativa.

Entre esos medios compulsivos para forzar el cumplimiento —que pueden emanar de la ley o de la convención de las partes, y que apuntan al cumplimiento *in natura* de la prestación debida (4)— suelen mencionarse primordialmente a las astreintes y a la cláusula penal, aunque no son los únicos modos de compulsión, puesto que gran parte de la doctrina suele incluir también entre ellos al derecho de retención, a la seña, señal o arras, a los intereses punitivos, a la constitución de garantías reales o personales, y hasta a las multas civiles, entre los más significativos.

Una calificada doctrina advierte que estos institutos son verdaderos medios de garantía, ya que, al cons-

treñir al deudor al cumplimiento, están encaminados a garantizar el cumplimiento de la obligación que se piensa constituir, o al crearse esta, o durante la vida de la obligación, pero siempre *antes* del vencimiento (5).

Advertimos al lector que, en virtud de la limitada extensión propuesta para el presente aporte, no abordaremos cada uno de estos institutos que, a nuestro entender, son idóneos para constreñir al deudor a cumplir.

Cabe destacar que estos medios, para forzar al cumplimiento, operan como conminación o constricción, al amenazar con una sanción que, en caso de ser desoída, se concretará patrimonialmente. Sin embargo, debe quedar claro —e insistimos con ello— que los medios compulsivos a los que aludimos se ubican en una etapa *previa* al cumplimiento, ya que, como lo destaca Betti, persiguen la finalidad de colocar al deudor en una situación de coacción, es decir, ejercer una presión sobre él, de modo tal que lo induzca, a través de ese juicio, al voluntario cumplimiento de lo debido (6). En ello se diferencian de la ejecución forzada de la prestación, ya que esta implica la puesta en marcha de resortes o recursos autorizados por la ley ante el incumplimiento ya concretado; y que se canalizan a través de la autoridad judicial.

Por otro lado, es importante evidenciar que mientras la ejecución forzada —que implica la puesta en marcha de las acciones judiciales tendientes a lograr compulsivamente la obtención del objeto de la prestación— transita por la vía procesal y de acuerdo con los trámites que señalan los respectivos códigos procesales, los medios de compulsión suelen encontrarse dispersos a lo largo del ordenamiento jurídico, inordinados o confundidos dentro del proceso de ejecución.

A modo de ejemplo, en el derecho argentino, la cláusula penal y las astreintes se encuentran tratadas en la misma sección 5º del capítulo 3, Título I del Libro Tercero del Código Civil y Comercial, en los arts. 790 a 804, aunque las astreintes también poseen regulación en varios códigos procesales de las distintas jurisdicciones; el derecho de retención está normado en los arts. 2587 a 2593 del Título III del Libro Sexto del Código Civil y Comercial, la señal o arras en la sección 5º del capítulo 9, Título II del Libro Tercero del Código Civil y Comercial, en los arts. 1059 y 1060.

II. La discutible admisión en la doctrina de los medios para forzar el cumplimiento

Es importante destacar que el debate doctrinario en torno a la posibilidad de forzar o no al deudor al cumplimiento, se dio inicialmente en torno a la ejecución forzada en las obligaciones de hacer o no hacer, que fue el disparador de la discusión respecto a si la voluntad del deudor era coercible o no.

Algunos autores —sobre todo italianos, como Carnelutti (7)— han cuestionado esta posibilidad de emplear medios compulsivos, al afirmar que el acreedor no tiene un *derecho a la prestación*, porque la voluntad del deudor es incoercible (8) y el *accipiens* solo tiene un mero derecho sobre los bienes del deudor. Sin embargo, a la distancia, se puede apreciar que quienes se oponían a cualquier tipo de compulsión lo hacían entendiendo a la coerción como la posibilidad del empleo de la fuerza física o mecánica para que el acreedor pudiera obtener la satisfacción de la prestación en especie.

En Francia ha sido Planiol quien —al referirse a la función compulsiva de la cláusula penal— cuestionó la utilidad de los mecanismos para forzar el cumplimiento argumentando que resultaban innecesarios, ya que toda obligación tiene de por sí asegurada su ejecución (9) (aun ante el incumplimiento), lo cual de manera intrínseca genera un elemento de presión suficiente sobre la persona del deudor. En Argentina, Busso también seguiría también esta línea de pensamiento (10).

Otros autores galos, como Demolombe (11) y Carbone (12), se manifestaron en contra de la compulsión del deudor en las obligaciones de hacer y de no hacer argumentando, con fundamento en el art. 1142 del *Code* de 1804 (13), que nadie puede ser obligado a la ejecución personal de un hecho (*“Nemo præcise cogi potest ad factum”*); por lo cual, frente a la negativa del deudor a cumplir en esos casos, el acreedor tendrá que contentarse con el cumplimiento por equivalente.

A modo de ejemplo, se afirmaba que una obligación de hacer se constituía para el deudor de tal modo en una obligación facultativa, en el sentido que puede optar por liberarse abonando el equivalente de la prestación debida o bien realizar la conducta prometida. Esta opinión no era compartida por los Mazeaud, quienes afirmaban que, a pesar de esta afirmación general, in-

cluso en el ámbito de la obligación de hacer o no hacer, el acreedor a menudo tiene derecho a obtener el cumplimiento específico, contando para ello con la ejecución por un tercero cuando la obligación no es *intuitu personae*, e incluso acudiendo a otros medios de compulsión en forma previa como las astreintes (14).

En nuestro país, Vélez Sarsfield se apartó de lo dispuesto en el art. 1142 del *Code* antes mencionado y admitió la ejecución forzada en las obligaciones de hacer, con el único límite de no ejercer violencia sobre la persona del deudor, como rezaba el hoy derogado art. 629, aunque la posible admisión de los medios de compulsión era rechazada por algunos comentaristas del Código, como Segovia (15) o Machado (16). Sin embargo, consideramos que ha sido Llambías quien de mejor modo ha aclarado la cuestión, al afirmar que “la conducta del deudor que se identifica con la realización de la prestación debida es, en sí misma, incoercible, pero el bien que constituye el objeto de la prestación que puede, en cambio, obtenerse compulsivamente” (17).

Por nuestra parte estimamos que los medios de compulsión son reveladores de que el derecho del acreedor es un derecho a la prestación, puesto que solo con su cumplimiento se satisface su interés. De tal modo, resulta inconcebible que la negativa del deudor a cumplir pueda ser la que termine por frustrar el derecho del acreedor.

Bajo esta concepción, y distinguiéndose de la ejecución forzada —ya que son anteriores a ella, como lo hemos advertido anteriormente—, si bien los medios de compulsión descartan el empleo de la fuerza física para realizar el derecho, denotan que el ordenamiento jurídico puede ejercer un cierto poder sobre la voluntad del deudor, en la medida en que con la amenaza de sanciones de distinto tipo —siempre patrimonialmente hablando— tienden a superar su conducta reticente constriéndolo al cumplimiento.

Así concebidos, es indudable que los medios de compulsión tienen una decisiva importancia práctica, toda vez que, sobre la base de la amenaza y el constreñimiento, apuntan al cumplimiento *in natura* de lo debido (18). Queda claro a nuestro entender, como también lo expresa una calificada doctrina (19), que, por ejemplo, si se conviene como cláusula penal una prestación de valor superior al de la prestación de la obligación

(5) MOISSET DE ESPANÉS, Luis - MÁRQUEZ, José F., “Curso de derecho civil. Obligaciones”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2018, T. 2, p. 83.

(6) BETTI, Emilio, “Teoría general de las obligaciones”, traducción de José Luis De los Mozos, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1969, T. I. Afirma, con citas de Brinz, de Ziebart, Strohal y Polacco, que “la responsabilidad por deuda tiene una doble función preliminar una, principal la otra, encaminadas ambas a superar, por distinto camino, la resistencia del deudor. La responsabilidad tiene como función preliminar o preventiva la de colocar al deudor en una situación de coacción; es decir, de ejercer sobre el reacio una presión que, provocando un acto de conciliación, le induzca, a través de ese juicio, al voluntario cumplimiento de lo debido” (p. 289).

(7) CARNELUTTI, Francesco, “Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni”, en *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Cedam, Padova, 1927, ps. 287 y ss., quien afirma que el acreedor solo tiene derecho al bien debido.

(8) BRUNETTI, Giovanni, “Il diritto del creditore”, en *Rivista del Diritto Commerciale*, Vallardi, Milano, 1916, Fasc. 1, ps. 137 ss.

(9) PLANIOL, Marcel, “Traité élémentaire de droit civil”, Librairie Cotillon, Paris, 1902, T. II, nro. 254, p. 84.

(10) BUSSO, Eduardo, “Código civil anotado”, Ediar, Buenos Aires, 1958, T. IV. En ocasión de comentar el art. 652 y referirse a la función compulsiva de la cláusula penal, sostiene: “Compartimos las conclusiones del Planiol (...) La pretendida función compulsiva no hace a la esencia de las cláusulas penales: es un elemento circunstancial y adventicio (...) El acreedor tanto puede incluir la pena convencional para presionar al deudor, como para tener un modo rápido y expeditivo de disolver la obligación y reclamar indemnizaciones. En este último supuesto, la inclusión de la pena es en mayor medida un incentivo para obtener la resolución que una presión dirigida al incumplimiento” (nro. 69, p. 460).

(11) DEMOLOMBE, Charles, “Cours de Code Napoléon”, Auguste Durand-Hachette, Paris, 1868, vol. XXIV, T. I: *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, nro. 490, ps. 483 y 484.

(12) Citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge, Medios compulsivos en el derecho privado, ob. cit., p. 24, nota 39.

(13) Art. 1142: “*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur*” (“Toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en el pago de daños y perjuicios en caso de incumplimiento por parte del deudor”).

(14) MAZEAUD, Henri, Léon et Jean - CHABAS, François, “Leçons

de Droit Civil”, Montchrestien, Paris, 1998, T. II, vol. I, 9e. édition, nros. 931 a 954, ps. 1018 y ss.

(15) SEGOVIA, Lisandro, “El Código civil de la República Argentina”, Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1881, T. I, comentario al art. 629, p. 158.

(16) MACHADO, José O., “Exposición y comentario del Código Civil Argentino”, Buenos Aires, 1898, 6ta. edición actualizada, T. II, comentario al art. 629, p. 348.

(17) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot - Lexis Nexis, 2005, T. I, p. 74.

(18) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Medios compulsivos en el derecho privado”, ob. cit., p. 15.

(19) SALVAT, Raymundo, “Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general”, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, 6ta. edición actualizada por Enrique V. Galli, T. I, nro. 194. Destaca que “colocado en la necesidad de cumplir la obligación o pagar la pena, muchas veces el deudor optará por lo primero, porque una cosa es que para llegar a la indemnización el acreedor tenga que empezar a probar y hacer liquidar sus perjuicios, y otra, mucho más simple, que le baste demandar el pago de la pena o multa estipulada” (p. 219).

principal, es indudable que al deudor le resultará más conveniente cumplir la prestación convenida que abonar la pena pactada. De ahí la importancia de los medios de compulsión.

III. Elementos distintivos de los medios compulsivos

Hemos advertido precedentemente que los medios para forzar el cumplimiento de la obligación son varios y su regulación se encuentra dispersa a lo largo del ordenamiento jurídico argentino. Como se tratan de institutos disímiles uno del otro, los cuales pueden poseer diferente origen, resulta dificultoso mencionar cuáles son los caracteres principales que sean comunes a todos ellos. No obstante, intentaremos brindar nuestro parecer y enumerar las características compartidas que portan.

-Es indudable que uno de los presupuestos en común que presentan todos los medios para forzar el cumplimiento, es su *licitud*, ya que todos ellos encuentran sustento en el ordenamiento jurídico. Por lo general, ellos provienen directamente de la ley (como es el caso del derecho de retención que puede ser puesto en marcha sin necesidad de petición judicial previa); otros son también de origen legal, aunque requieren que sean impuestos por el juez a petición de parte interesada [como las astreintes (20), a pesar de que un sector de nuestra doctrina admite la posibilidad de que ellas puedan ser impuestas de oficio por los magistrados (21)]; mientras otros, como el caso de la cláusula penal o de las arras confirmatorias (22), surgirán con motivo de lo convenido por las partes de conformidad con lo dispuesto en la ley.

-Otro elemento en común que caracteriza a todos ellos es que *constríen* e incitan a cumplir, con la ame-

naza primero y luego con la concreción, de una sanción que sufrirá el deudor renuente a cumplir (23). En este sentido, queda claro que la obligación no se agota únicamente en una expectativa de prestación o cooperación del deudor, sino que comprende también el derecho a la sanción que luego se concreta en un derecho de garantía sobre su patrimonio (24). El carácter compulsivo se torna esencial en los medios para forzar el cumplimiento. A modo de ejemplo, ello se evidencia aún más en el caso de la cláusula penal, cuando ella ha sido pactada para asegurar el cumplimiento de una obligación que al tiempo de concertar la accesoria no podía exigirse judicialmente, ya que en tal caso se erige en el único medio para asegurar la efectividad de los derechos del acreedor, siempre que no sea reprobada por la ley (art. 803, Cód. Civ. y Com.).

-La sanción prevista en los medios para forzar el cumplimiento *recaerá siempre sobre el patrimonio del deudor*, y jamás sobre su persona. Como bien lo pone de resalto Mosset Iturraspe, consistirá en el pago de una suma de dinero —como en el caso de las astreintes—, en la entrega de una cosa o cumplimiento/abstención de un hecho, pérdida de un derecho o caducidad de un beneficio —como puede ocurrir en el caso de la cláusula penal— en la no entrega de una cosa de propiedad del deudor —como sucede en el derecho de retención— o bien en el pago de ciertos frutos civiles —como es el caso de intereses punitivos— (25). En virtud de ello, puede concluirse que a todos los medios compulsivos para forzar el cumplimiento los caracteriza la *amenaza de una sanción patrimonial*.

-Los medios para forzar el cumplimiento cumplen una *función secundaria o subsidiaria*, toda vez que están destinados a asegurar el cumplimiento de una

obligación principal (como en el caso del derecho de retención, de la cláusula penal o de los intereses punitivos), o el cumplimiento de un deber jurídico (como es el caso de las astreintes). Queda claro, pues, que —en el primer caso— la obligación principal debe ser válida y exigible, ya que el interés del acreedor consiste en obtener la prestación principal, mientras que en el caso de las astreintes el deber jurídico debe haber sido impuesto por una resolución judicial en el marco de un proceso.

IV. Colofón

A modo de conclusión de estas brevísimas líneas, consideramos importante destacar que la compulsión es inherente al concepto jurídico de obligación. Ello se advierte con claridad en la propia definición que nos brinda el art. 724 del Cód. Civ. y Com., que faculta al acreedor a obtener forzosamente la satisfacción de su interés ante el incumplimiento por parte del deudor.

Los medios que el ordenamiento jurídico dispone para forzar el cumplimiento de la obligación se erigen, pues, en herramientas con las que cuenta el acreedor para que su derecho no se transforme solamente en una ilusoria expectativa de satisfacción que dependa de la voluntad discrecional y exclusiva del deudor. Por el contrario, como hemos apreciado, a través de ellos se posibilita que el *accipiens* pueda lograr el efectivo cumplimiento *in natura* de la prestación (26), ya están destinados a vencer la resistencia del deudor mediante la amenaza de sanción antes de que se plasme el incumplimiento.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2218/2025

(20) SANTARELLI, Fulvio - MÉNDEZ ACOSTA, Segundo, "Fuentes de las obligaciones", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2022, T. II, ps. 245 y ss.

(21) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Tratado de Obligaciones", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, T. II, p. 408.

(22) Cabe recordar que las arras confirmatorias se perfeccionan con la entrega efectiva de la cosa mueble, fungible o no, que una de las partes (*tradens* —que es el que seña—), realiza a favor de otra (*accipiens*). Su función de incitar al cumplimiento de la obligación principal reside en el hecho de que si el *tradens* no cumple perderá lo entregado en concepto de seña, y si el incumplidor es el *accipiens* deberá devolver lo recibido más un valor igual (seña doblada). De tal modo, cuando el hecho —futuro e incierto— ocurre, la amenaza se

transforma en sanción.

(23) ESPÍN CÁNOVAS, Diego, "La cláusula penal en las obligaciones contractuales", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, marzo, 1946, núm. 348, ps. 145 y ss. Véase también en este mismo sentido: ALBALADEJO, Manuel, "Derecho Civil", Edisofer, Madrid, 2011, 14ta. edición, T. II: "Derecho de Obligaciones", quien —refiriéndose a la cláusula penal— afirma que la obligación penal desempeña "una función coercitiva o de garantía, respecto del cumplimiento exacto de la obligación principal (en cuanto que, ante la amenaza de la pena, el deudor está más constreñido al mismo que en la obligación ordinaria), y una función punitiva en caso de que se incumpla o no cumpla exactamente. Cuando desempeña esas funciones, la pena es exigible además del cumplimiento o de la indemnización por los daños y per-

juicios que el incumplimiento produzca, es decir, es un plus sobre éstos, pues sólo siendo así se consigue respecto al caso de obligación normal un reforzamiento para el cumplimiento y. un castigo especial en defecto de haber hecho este (del todo y exacto) voluntariamente. Se califica, entonces, la pena de cumulativa" (p. 268).

(24) BETTI, Emilio, "Teoría general de las obligaciones", ob. cit., T. I, ps. 279 y ss.

(25) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Medios compulsivos en el derecho privado", ob. cit., p. 14.

(26) HERNÁNDEZ GIL, Antonio, "Derecho de obligaciones", Imp. Suc. de Rivadeneyra, Madrid, 1960, ps. 65 y ss.

Daños derivados de productos, servicios y bienes digitales

Algunos puntos de debate en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil



Silvina Furlotti

Magister en Derecho de Daños. Jueza de la Segunda Cámara Civil de Mendoza. Profesora Derecho de las Obligaciones (UNCuyo – Univ. de Mendoza). Directora de la Carrera de Daños (Univ. de Mendoza).



Federico A. Ossola

Doctor en Derecho. Profesor Titular de "Derecho Privado VII" (Derecho de Daños) en la Facultad de Derecho (UNC). Vocal de la Cámara en lo Civil y Comercial de 4ª Nominación de la Ciudad de Córdoba.

SUMARIO: I. Introducción. — II. El marco normativo. — III. El concepto de "bien digital" y "servicio digital". El marco conceptual. — IV. La personalidad de los robots autónomos. — V. Los sujetos responsables. — VI. Relaciones de consumo y situaciones excluidas. ¿Una matriz común? — VII. El factor de atribución de la responsabilidad. — VIII. La relación de causalidad. — IX. La importancia del deber de prevención del daño. El rol del deber de informar. — X. Colofón.

I. Introducción

La temática que nos propone la Comisión de Derecho de Daños de las XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil es sumamente atrayente y desafiante.

El impresionante avance científico y tecnológico de estos tiempos está llevando a la realidad lo que hasta no hace mucho tiempo solo estaba en las ideas de mentes preclaras (como la de Leonardo da Vinci) o de aquellos que, desde la literatura y el cine, cultivaban el género de la “ciencia ficción”: la aparición de máquinas que actúan de manera *autónoma*, incluso fuera del alcance del control del hombre.

Cada vez más nos valemos de tecnologías, de creciente sofisticación, para la satisfacción de las más variadas necesidades. Su empleo es una constante en ascenso, no solo en la producción industrial, sino también en la medicina, las guerras, el consumo, la conquista del espacio, y en innumerables ámbitos, incluso los meramente intelectuales o artísticos.

En este fenómeno lo tradicional (por así llamarlo) ha sido el *rol meramente instrumental* de las máquinas, en donde las *decisiones* sobre su empleo siempre eran tomadas por el hombre, ello en un marco de creciente complejidad técnica.

Pero en los últimos años ha cobrado inusitado auge la *inteligencia artificial*, que constituye un nuevo escalón en la evolución, que se encuentra en plena explosión y cuyas consecuencias son verdaderamente insospechadas.

Se trata, para expresarlo de la manera más simple posible, de la posibilidad de que las máquinas, mediante la tecnología informática, tengan la capacidad de *pensar*, esto es, de *resolver autónomamente problemas y situaciones de la misma manera que el ser humano lo hace*.

Se trata de un nuevo escenario, que se nos abre en este momento crucial para la humanidad. Y lleno de interrogantes.

A continuación, sin pretender agotar la problemática y de manera algo caótica, esbozamos algunos de los puntos que podrían ser objeto de discusión en el marco de la Comisión, específicamente orientados a las situaciones dañosas que podrían generarse.

II. El marco normativo

En nuestro país es inexistente la regulación legal específica de la problemática que nos ocupa.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Las principales notas características de la responsabilidad civil en el nuevo Código quedan evidenciadas por una serie de importantes Principios: a) La constitucionalización del derecho de daños. b) Principio pro homine. c) El principio *alterum non laedere* (indemnidad), de raigambre constitucional. d) El principio de reparación plena del daño. e) El Principio de prevención.

(2) “Anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor 2024”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2024. Libro digital, PDF. Este documento tiene como antecedente el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor presentado (con variantes) en varias oportunidades en el Congreso de la Nación.

(3) Sin lugar a duda, la *cuestión digital* se encuentra fuertemente contemplada.

En el art. 3 (el más importante) se dispone:

“Principios en los entornos digitales. Sin perjuicio de la aplicación de los principios indicados en el artículo precedente, en los entornos digitales rigen los siguientes principios:

Pero varias normas del Código Civil y Comercial (y también las de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y ley 25.326 de Protección de Datos Personales), como se verá, devienen claramente aplicables en no pocas situaciones. Los codificadores no tuvieron (ni podían tener) en miras el fenómeno que se precipitó luego de la pandemia, pero es claro que avizoraron la creciente evolución tecnológica que estamos viviendo. Y el Código nos propone una metodología más depurada, una nueva sistemática, un empleo diferente del lenguaje técnico-jurídico, la ratificación de la ideología de la responsabilidad civil actual, y una delicada convivencia entre *Principios* [explícitos, a diferencia del Código Civil (1)] y las *Reglas*, siendo estas últimas mucho más parcas, despojadas del profuso casuismo del Código velezano, lo que impone una ardua tarea de análisis y estudio. La interrelación de las diversas figuras existentes dentro del mismo cuerpo normativo es mucho más intensa; y las diversas leyes exteriores que lo circundan deben ahora encolumnarse a la luz de esta nueva normativa general, para su debida interpretación y aplicación.

Esta *plasticidad* de la que está dotada el Código permite, en muchísimos casos, aplicar sus soluciones a nuestro tema.

Sin lugar a dudas existen tres referencias insoslayables: el Anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor de 2024, presentado por la Comisión que lo redactara al Sr. Secretario de Industria y Comercio de la Nación (2), en el que se contemplan explícitamente varias cuestiones relacionadas con nuestro tema (3); la reciente Directiva 2024/2853 (23/10/2024) de la Unión Europea sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (4); y la denominada “Ley de Inteligencia Artificial Europea” (Reglamento 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de junio de 2024) (5).

Ahora, bien: ¿es necesario regular la cuestión?; ¿es conveniente?; ¿de manera general o especial?; ¿solo en el terreno de las relaciones de consumo?; ¿o para todos los casos?

Se trata de interrogantes que serán de obligada discusión en la Comisión.

III. El concepto de “bien digital” y “servicio digital”. El marco conceptual

No existe todavía un lenguaje común en esta materia.

Es necesario arribar a algunos consensos básicos en relación con los conceptos de *patrimonio digital*, *bienes digitales*, *identidad digital*, entre otros.

a) neutralidad tecnológica, fiabilidad e inclusión;

b) protección acentuada frente a las nuevas tecnologías, en especial respecto de los datos personales del consumidor y la utilización por parte del proveedor de sistemas de inteligencia artificial o de contratos autoejecutables;

c) de transparencia digital. El proveedor deberá garantizar la trazabilidad, explicabilidad, comprensión, transparencia e intermediación humana de los sistemas de inteligencia artificial, o similares que utilice en el marco de la relación de consumo;

d) de no ser destinatario de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos personales”.

Y en el art. 75 se establece:

“Equiparación de derechos. Se reconoce y garantiza a los consumidores en el entorno digital un grado de protección que nunca será inferior al otorgado en las relaciones de consumo entre presentes”.

(4) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81701>. Se deroga la conocida Directiva 85/374.

(5) [Los *servicios digitales*, a su vez, asumen las más variadas formas y modalidades en su utilización, no solo comercial, sino para casi todas las actividades de la vida diaria de las personas, incluso aunque no estemos al tanto de que ello nos afecta.

¿Será necesario, como en la legislación europea, generar un “glosario legal” de los principales conceptos y términos, o bastará con un acuerdo generalizado de la doctrina y la jurisprudencia?

IV. La personalidad de los robots autónomos

Es esta una discusión que se viene planteando desde hace un tiempo, sin respuestas definitivas.

En la nueva ley europea, *en momento alguno se asigna personalidad a las máquinas o robots*; y se talla en la responsabilidad de personas humanas o jurídicas que, en diferentes roles, actúan en y con la IA. Pareciera ser que *existe una especial preocupación por mantenerla bajo el control humano* \(6\).

Debe advertirse que en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica \[2015/2103\(INL\)\] \(7\); y donde se presenta una recomendación, a fin de que se elabore una propuesta de Directiva que contemple varios aspectos, no existe “mención específica de quién o quiénes deben ser las personas responsables y se limita a decir que en el actual marco jurídico, al no poder ser considerados directamente responsables los robots, lo que se contempla es la posibilidad de atribuir dichos daños a un agente humano que podría haber previsto y evitado el resultado dañoso: los fabricantes, operadores, propietarios o usuarios” \(8\). Tan así es que, en el punto 56, luego de recomendarse la contratación de seguros obligatorios, se indica que *“al menos en la etapa actual, la responsabilidad debe recaer en un humano, y no en un robot”*.

Nada tampoco surge al respecto de la nueva Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

Así en la actualidad es necesario identificar un *responsable humano* \(agregamos nosotros, sea persona humana o persona jurídica\), pero la cuestión queda abierta para el futuro.

Y, en rigor de verdad, en la discusión se entremezcla algo que, haya o no personalidad, termina por ser definitorio: *la eventual solvencia para responder que, en*

ri=OJ:L_202401689.

\(6\) Se señala —por ejemplo— en el art. 14 que “Los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de modo que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso, lo que incluye dotarlos de herramientas de interfaz humano-máquina adecuadas”. Se agrega que “el objetivo de la supervisión humana será prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando se utiliza un sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible, en particular cuando dichos riesgos persistan a pesar de la aplicación de otros requisitos establecidos en la presente sección”.

\(7\) \[http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html?redirect\]\(http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html?redirect\).

\(8\) DÍAZ ALABART, Silvia, “Robots y responsabilidad civil”, Ed. Reus, Madrid, 2018, ps. 113/114.](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?u-</p></div><div data-bbox=)

última instancia, debería provenir de un seguro obligatorio.

V. Los sujetos responsables

Sin perjuicio de lo anterior, y en función de las normas generales actualmente vigentes, encontramos un elenco de eventuales legitimados pasivos: el fabricante o desarrollador (creador del producto digital), el distribuidor o proveedor, el dueño o guardián, entre otros.

La *pluralidad obligacional subjetiva* se presenta aquí con inusitada fortaleza, ante el hecho insoslayable de la existencia de varios sujetos que intervienen en esta cadena de producción, circulación y comercialización de los bienes digitales, muchos de ellos sumergidos en el anonimato. Entran a jugar aquí las reglas de los daños causados por autores anónimos (art. 1761) y las de la actividad peligrosa de un grupo (art. 1762).

En el campo de los *bienes digitales* cobra especialísima relevancia la noción de *guardián* y una importantísima novedad que trae el Código Civil y Comercial. La concepción *tradicional* supone la posibilidad *fáctica* de ejercer un *control de hecho* sobre la *cosa*. La IA nos enfrenta al problema de que *no sea posible ejercer dicho control* y que la *cosa* actúe (no ya “sea usada”, como se indica en el art. 1758) en contra de la voluntad expresa o presunta de su dueño o de su guardián. Incluso que la *cosa* controle a la persona. Una solución medianamente satisfactoria —para el derecho argentino— puede encontrarse hoy en el mismo art. 1758, cuando se indica que se considera *guardián* (luego de una conjunción disyuntiva “o”) “a quien obtiene un provecho de ella”. Ello, por cierto, *puede llegar a ampliar notablemente la cadena de legitimados pasivos* cuando se produzca un daño. Se impondrá, pues, calibrar tanto la noción de *guardián*, como la configuración de la eximente.

En el terreno de los *servicios digitales*, la cuestión cada vez se complejiza más. Un caso testigo, y de alta dañosidad potencial, es el de los servicios de transporte mediante aplicaciones; otro, aunque ya está instalada la discusión, es el de las plataformas de comercialización de bienes y servicios.

Estas cuestiones serán, seguramente, objeto de un arduo debate.

VI. Relaciones de consumo y situaciones excluidas. ¿Una matriz común?

La *responsabilidad por productos y servicios defectuosos se desarrolló, de manera vigorosa, en el terreno de las relaciones de consumo. Enorme incidencia tuvo, en nuestro medio, la recién citada Directiva 85/374 y toda la doctrina y jurisprudencia elaboradas en derredor al art. 40 de la ley 24.240. Ello ha terminado por decantar en las reglas que se proponen en el Anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor (arts. 120 y ss.) (9).*

En el Código Civil y Comercial las reglas emergentes de los arts. 1757 y 1758 (responsabilidad por el hecho de las cosas y las actividades riesgosas) constituyen el marco general dentro del cual se insertan las reglas del Derecho del Consumo.

(9) En el art. 121 se indica: “Concepto de producto y servicio. A los fines de este código se considera producto toda cosa mueble, aunque se encuentre unida o incorporada a un inmueble. Quedan comprendidos el agua, el gas, la electricidad, los derivados del cuerpo humano, los bienes inmateriales, los generados por el conocimiento humano y los digitales. Se considera servicio a toda actividad suministrada por un

Sin perjuicio de ello, cabe preguntarse si estas últimas, al menos en sus aspectos generales y conceptuales, son aplicables para los casos excluidos de las reglas consumeriles, que no serán pocos, sino todo lo contrario.

La constante interacción e interinfluencia recíproca de estos dos ámbitos nos obliga a establecer si ello es viable y con qué alcances.

VII. El factor de atribución de la responsabilidad

Se trata de una cuestión en la que las polémicas ya se presentan: ¿responsabilidad subjetiva u objetiva? ¿En todos los casos o bajo un sistema de reglas y excepciones?

La determinación del factor de atribución de la responsabilidad, en los casos específicos, presenta algunos interrogantes.

Todo parecería indicar que, si no existe una solución normativa específica, la cuestión debería dilucidarse en función de la *naturaleza misma* de la situación jurídica, a la luz de las bases conceptuales del *sistema*. Como, precisamente, no contamos hoy con una solución legal, la abrumadora mayoría postula la responsabilidad *objetiva*, por el hecho de la cosa o bien por tratarse de servicios riesgosos.

Sin embargo, algunas voces entienden que en ciertos espacios la responsabilidad es, o debería ser, subjetiva. Existen profundas discusiones en torno a esta cuestión, en el marco de un delicado conflicto de intereses jurídicos y, muy especialmente, económicos.

Ante ello: ¿puede postularse que, bajo la, ley vigente, la responsabilidad podría ser subjetiva?; ¿sería conveniente establecer una regla en la ley?; ¿es viable consagrar algunos supuestos específicos de responsabilidad subjetiva?

VIII. La relación de causalidad

La causalidad adecuada, que se sustenta en las *reglas de la experiencia*, luce insuficiente para definir la relación de causalidad eficiente *jurídica* desde que, precisamente, con las máquinas inteligentes aún *no hay sucesos que nos permitan conformar la “experiencia”*, lo que sucede *según el curso natural y ordinario de las cosas*, ya que, precisamente, el fenómeno es nuevo; no registra antecedentes. En este sentido, aunque en otro contexto, se ha señalado que “el sistema de causalidad llamado de “causalidad adecuada” presenta falencias, sobre todo en lo atinente a los daños causados por modernos fenómenos, sobre los que no existe experiencia previa o en aquellas cuestiones intrincadas o excesivamente tecnificadas en las que se complica la determinación causal” (10); y nuestro caso, claramente, es *algo nuevo sobre lo que no existe la necesaria experiencia previa*.

Cabe entonces preguntarnos si serán necesarias nuevas reglas relativas a la causalidad. En el Código Civil y Comercial, si bien la causalidad adecuada es la regla (art. 1726), *existe una convivencia de modelos causales, desde que aquella teoría (como sucede con todas, en realidad) no puede dar adecuadas respuestas a todas las situaciones jurídicas. La ampliación de la responsabilidad en ocasión de la función es una de las pruebas de este aserto.*

proveedor, cualquiera sea su objeto”.

(10) LÓPEZ MESA, Marcelo, “El mito de la causalidad adecuada”, TR LALEY AR/DOC/353/2008.

(11) Que tratará sobre “Resignificación de la teoría general del acto voluntario. Configuración de los vicios de la voluntad a la luz de las nuevas tecnologías”.

Aquí se presentan variables que obligan a repensar las cosas: la opacidad de los algoritmos, la complejidad del sistema, el desconocimiento sobre su funcionamiento, la vulnerabilidad estructural de los usuarios, etc.

Respecto a esto último se impone una *especial consideración en relación con los niños y adolescentes*, expuestos a varios riesgos en el exosistema digital (juegos *on line*, delitos, etc.).

También cabe preguntarse sobre una posible reconfiguración de las eximentes de la causalidad, en especial *el hecho del damnificado* que, en definitiva, se encuentra fuertemente desprotegido y desamparado frente a la tecnología: ¿sería conveniente consagrar, por ejemplo, la culpa de la víctima o limitarla aún más a ciertas situaciones?

En dicho marco, cabe también indagar en si será necesario consagrar nuevas reglas de *causalidad jurídica* que resuelvan esta nueva problemática.

IX. La importancia del deber de prevención del daño. El rol del deber de informar

Sin lugar a duda, el *deber general de prevención del daño* y, su instrumento de eficacia, la *acción preventiva*, consagrados en los arts. 1710 a 1713 del Código, constituyen elementos de inestimable utilidad para calibrar adecuadamente las conductas de aquellas personas cuya actividad, en el marco digital, pueda ocasionar daños.

Se impone *precisar* los alcances *en concreto* de este deber, dentro del marco de nuestro tema.

Es indudable, asimismo, el *rol dirimente del deber de información* que, claramente, se encuentra insuficientemente regulado de cara a esta nueva *realidad digital*. Se trata de otra problemática en la que se imponen profundos replanteos, en especial en relación con la *formación del consentimiento*, cuestión que también será abordada por la Comisión de Parte General (11).

X. Colofón

Como bien se ha dicho, “una de las exteriorizaciones más importantes de la Cuarta Revolución Industrial es la Inteligencia Artificial (IA), los Sistemas Inteligentes (SI) o Sistemas de Inteligencia Artificial (SIA), cuyo desarrollo, expansión y aplicación constituye un proceso no lineal, dinámico e impredecible” (12).

Así, lo que estamos viviendo nos coloca “ante una coyuntura crítica que nos apremia a preguntarnos sobre la forma en la que debemos producir o adaptar normas que regulen eficazmente los daños ocasionados y su prevención, si queremos optimizar —eficazmente— el mandato de optimización derivado del *neminen laedere*” (13).

Es el desafío que se presenta, en estas *Jornadas Nacionales*, a fin de buscar sentar algunas bases para el futuro próximo.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2309/2025

(12) GALDÓS, Jorge Mario - VALICENTI, Ezequiel, “La Cuarta Revolución Industrial, los sistemas complejos y la Inteligencia Artificial”, Rubinzal Culzoni, 2025.

(13) NEGRI, Nicolás J. - GUERREIRO, Pablo N., “Inteligencia artificial. ¿Colapso del sistema maestro de responsabilidad civil?”, RCCyC, 2024-57, TR LALEY AR/DOC/1979/2024.

Relaciones de consumo inmobiliarias: algunas cuestiones generales en orden a su configuración



Sandra A. Frustagli

Profesora asociada de *Derecho de los Contratos* y de *Derecho del Consumidor*, Facultad de Derecho - (UNR). Investigadora de la Carrera del Investigador Científico dependiente del Consejo de Investigaciones (UNR). Profesora visitante extraordinaria, a cargo de *Derecho Civil III*, en las Carreras de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Económicas Jurídicas y Sociales (UNSL). Vicedirectora del Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho (UNR). Vicepresidente del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor.

SUMARIO: I. La protección del consumidor en el mercado inmobiliario. — II. La relación de consumo inmobiliaria en el marco normativo actual y sus componentes subjetivos. — III. El estado de la cuestión en la jurisprudencia. — IV. A modo de conclusión.

I. La protección del consumidor en el mercado inmobiliario

El mercado inmobiliario se caracteriza en el presente por elevados niveles de profesionalización y de complejidad desconocidos décadas atrás en el ámbito de la contratación inmobiliaria.

Se observa la aparición de nuevos modelos de negocios que suponen la intervención de multiplicidad de actores (inversores, empresas desarrolladoras de proyectos, constructoras, comercializadores, fiduciarios, entre otros), cuyos roles suelen generar incertidumbre acerca de los reales grados de participación y responsabilidades asumidas frente a los destinatarios últimos del negocio.

Otros factores, tales como la fuerte estandarización en el modo de proponer la concertación de contratos, o la significativa influencia que en la comercialización de inmuebles ha adquirido el *marketing* y la publicidad presentando a los bienes raíces como un “producto” masificado, ideado y concebido por las empresas inversoras y desarrolladoras, alejan también a la contratación inmobiliaria de la lógica propia del negocio paritario que la caracterizó en el pasado.

Dichos tópicos, entre otros, ponen de manifiesto la conformación de un mercado atravesado por las mismas asimetrías técnicas, cognitivas y económicas que justifican la tutela del consumidor en otros sectores de la contratación (1) y exige, por lo tanto, extender esa

protección reforzada a las relaciones inmobiliarias que califiquen como de consumo.

Una particularidad adicional viene dada por el hecho que las relaciones de consumo inmobiliarias en su mayoría —aunque no exclusivamente— canalizan el acceso a la vivienda de la persona consumidora. Por ende, atrapan en su contenido este derecho fundamental y humano que goza en nuestro sistema jurídico de amplio reconocimiento normativo al estar contemplado en el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional y en documentos internacionales, entre los que destacan, el art. XI de la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*; en el art. 25 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, y la previsión del art. 11, apart. 1, del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. De igual modo, otros instrumentos internacionales dirigidos a la protección de colectivos vulnerables, ratificados por nuestro país, lo garantizan de manera explícita, así, la *Convención sobre los Derechos del Niño* (art. 27, apart. 3); *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (art. 28, apartado 1), la *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de las Personas Mayores* (art. 24).

Tal peculiaridad sitúa al operador jurídico ante el desafío de construir respuestas jurídicas armónicas con las exigencias del derecho humano a la vivienda (2), pues se trata de tomar en consideración la función social que ciertos contratos desempeñan en relación con el desarrollo y la existencia de la persona humana (3).

Y en el caso su valor para el individuo no solo es patrimonial sino fundamentalmente extrapatrimonial, dada su enorme significación para el resguardo de su integridad física y el desenvolvimiento de los restantes derechos de la personalidad (4). Lo que se pretende poner de relieve es que el derecho a la vivienda confiere a estos vínculos una nota *iusfundamental* que obliga a conciliarlos con parámetros constitucionales y convencionales (5).

Los factores apuntados precedentemente fueron decisivos para superar las restricciones iniciales que, a tenor de la redacción original del art. 1º de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante LDC), dificultaban el ingreso amplio de las operaciones inmobiliarias en el régimen protectorio. Los aportes formulados por la doctrina a favor de la apertura del ámbito de aplicación se sustentaron en el principio *pro consumidor* y en su jerarquía constitucional, que obligaba a resignificar el ámbito de aplicación de la ley a fin de darle coherencia con el texto del art. 42 CN, donde de modo extenso se reconocen derechos en el marco de la “relación de consumo”, sin trazar distinción alguna basada en el objeto o naturaleza de la operación (6).

Tal labor hermenéutica vio coronado sus esfuerzos con la reforma de la ley 26.361 al art. 1º de la LDC, al definirse a la relación de consumo como el vínculo jurídico entre consumidor y proveedor, sin más aditamentos; consolidándose definitivamente con la posterior incorporación del concepto en el art. 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Ver MORELLO, Augusto M. - DE LA COLINA, Pedro R., “Aproximaciones sustanciales y procesales al consumidor inmobiliario en la ley 26.361”, JA, 2008-II, p. 1158.

(2) La Corte Suprema de Tucumán, en la causa “Pintos, Jorge Emilio y otros c. Castillo SACIFIA s/daños y perjuicios” del 15/05/2021, tomó en consideración el modo en que el incumplimiento del vendedor/desarrollador afectaba el derecho a la vivienda para elevar la condena por daño punitivo impuesta en las instancias inferiores. Así, subrayó que, “... igual de importante resulta ser que los demandantes, luego de más de diez años desde que se le compraron los lotes y las viviendas, alegan continuar sin agua, cloacas, luz, etc. Evidentemente se encuentran en disputa los más sensibles derechos humanos, como lo son: la vivienda y los servicios públicos. Y estos son intereses, de un grupo de familias, cuya ponderación no debe ser subestimada”. Agregando que la ausencia de servicios públicos en los inmuebles vendidos “implica un severo desprecio por los más elementales derechos humanos, cuya consideración no puede estar abstraída en la justipreciación del daño punitivo que se debe imponer a la empresa vendedora de un emprendimiento inmobiliario que carece, hasta la fecha, de dichas

prestaciones básicas”. Accesible en https://juris.justucuman.gov.ar/mostrar_fallo.php?registro=00061583&dirip=&username=&vista=1&origen=&bloqueoreg=0&idtabla=60371&nombretabla=jurismaestro&datosbuscados=costas.

(3) Hace años Perlingieri afirmaba que cuando el objeto del contrato refiere a un bien o servicio esencial para la persona esa nota incide sobre la disciplina del contrato, en “Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato”, publicado en PERLINGIERI, Pietro, *Il Diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del Diritto civile*, Scien-tifiche Italiane, Nápoles, 2003, p. 477. Más reciente, en el ámbito nacional, p. v. DE LORENZO, Miguel Federico, “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, en LA LEY, 2011-E, 1258; STIGLITZ, Gabriel, “Los principios del Derecho del Consumidor y los derechos fundamentales”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, T. I, p. 309; FRUSTAGLI, Sandra, “El contrato de consumo como categoría negocial en el Código Civil y Comercial argentino: impacto y proyecciones”, en LANNI, Sabrina - ESBORRAZ, David F. (dirs.), *El Código Civil y Comercial argentino a diez años de su sanción: balance y prospectivas*. Collana: Roma e America. Sistema giuridico latinoamericano, Studi, 6, p. 346 y ss.

(4) Ampliar en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Protección Jurídica de la vivienda Familiar”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

(5) Abordamos el tema con profundidad en HERNÁNDEZ, Carlos - FRUSTAGLI, Sandra, “Locación, vivienda y calidad de vida”, en HERNÁNDEZ, Carlos (dir.), *Ley 27.551 sobre locaciones. Estudio sistemático y exegético*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 34 y ss.

(6) Es extensa la doctrina que ha referido al tema. Así se ha criticado la incongruencia sistémica de calificar a la relación de consumo en virtud la materia, v. LORENZETTI, Ricardo, “Consumidores”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 77. Ver también: D’ALESSIO, Carlos, “Los contratos inmobiliarios”, en LORENZETTI, Ricardo L. - SCHÖTZ, Gustavo J. (Coords.), *Defensa del consumidor*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 319. ARIZA, Ariel, “El consumidor inmobiliario y la prescripción”, en LA LEY, 2003-E, p. 737 y ss. FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual”, en JA, cita online TRLEY 0003/013844. MÁRQUEZ, José Fernando - CALDERÓN, Maximiliano, “La tutela del consumidor de los derechos de uso y goce de un inmueble. La locación y la ley 24.240”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, T. 2004-2, p. 293 y ss.

Con motivo del tratamiento del tema en el marco de la Comisión N° 4 de las XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que tendrán lugar en la Universidad Nacional del Nordeste del 25 al 27 de setiembre del corriente año, en las líneas que siguen se plantean algunas reflexiones generales, meramente introductorias, a modo de marco referencial para los ricos debates a generarse en aquel ámbito académico.

II. La relación de consumo inmobiliaria en el marco normativo actual y sus componentes subjetivos

A la luz de la teoría general del Derecho del Consumidor nacional la noción de *relación de consumo* opera como esencial en la demarcación del ámbito de aplicación objetivo del régimen protectorio especial, tanto en el plano constitucional como legal. Ese rol articulador se encuentra explicitado en el art. 42 de la CN, sede normativa de la carta de derechos fundamentales de los consumidores y usuarios, los cuales se reconocen precisamente en el marco de la relación de consumo.

Como ya se señaló, definida en el plano legal por el art. 3° de la ley 24.240, a partir del texto introducido por la reforma de la ley 26.361 del año 2008, esta noción fue clave para atrapar de manera amplia a las operaciones inmobiliarias en el régimen protectorio (7). En esa línea decididamente aperturista, la doctrina colectiva sostuvo por unanimidad, en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Universidad de Buenos Aires, 2013), que “El concepto de relación de consumo posee amplitud suficiente como para proyectarse al ámbito de la contratación en general con consumidores y usuarios, comprendiendo entre otras situaciones a aquellas que resultan del seguro, transportes, servicios financieros, inversiones y mercados de capitales, medicina prepa, etc.” (despacho 4, Comisión N° 8) (8). Flexibilidad que sin dudas comprende a las diversas manifestaciones del tráfico inmobiliario.

Tal estado de situación se fortaleció a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial, donde el alcance de la tutela se estructura también con eje en la relación de consumo (art. 1092), de manera coherente con las directrices constitucionales. Con la particularidad de que el Código otorgó centralidad a la relación de consumo dentro del sistema de Dere-

cho privado (9), método que ha sido relevante para reafirmar la aplicación del régimen protectorio —de modo indubitable— a todo el universo de situaciones fácticas que enlazan a consumidores y proveedores (10). Junto con ello, la consagración de la categoría del “contrato de consumo” (11) ha adicionado un elemento sistémico igualmente decisivo para fortalecer en materia inmobiliaria la irradiación del principio protectorio sobre los regímenes legales especiales aplicables a negocios de esa naturaleza, en la medida que su base fáctica permita identificar una relación entre sujetos que califiquen de consumidor y proveedor.

En síntesis, como bien señala Japaze, la relación de consumo inmobiliaria puede definirse “como el vínculo jurídico entre el proveedor que de modo profesional ofrece en el mercado de bienes inmuebles con el objeto de que el consumidor adquiera, sobre estos, derechos reales o personales como destinatario final” (12). La idea de “adquisición” debe entenderse en sentido amplio, porque las operaciones que el concepto engloba comprenden a diferentes tipos contractuales especiales cuyo objeto recae sobre bienes inmuebles, cualquiera sea el ropaje jurídico adoptado, ya sea que tengan por finalidad transferir la propiedad, el uso (temporario o permanente) o la ejecución de una obra; e incluso la expresión atrapa a figuras asociativas cuya finalidad se oriente a hacer adquirir la propiedad al consumidor, tales como las adjudicaciones que se dan en el contexto de las cooperativas de vivienda, u otra especie de sistemas de inversión orientados a esos fines (13). Basta recordar al respecto que el propio Código Civil y Comercial contempla de modo expreso la aplicación del régimen de defensa del consumidor en el marco de algunos de los nuevos derechos reales sobre inmuebles tipificados, como es el caso de los artículos 2100 (tiempo compartido) (14), 2111 (cementeros privados) (15). Respecto de otras figuras, como ser los conjuntos inmobiliarios, aunque el Código no hace referencia expresa a la calificación como relación de consumo, tal silencio no es óbice para aplicar el régimen consumeril (16). Lo relevante es que configurada una relación de consumo inmobiliaria resultan de aplicación todas y cada una de las herramientas jurídicas sustanciales e instrumentales de tutela diferenciada del consumidor reguladas en la ley, que se integrarán, por vía del método del diálogo de fuentes, con las demás

normas especiales que regulan los diferentes negocios jurídicos inmobiliarios (compraventa, locación, contrato de obra, fideicomiso, *leasing*, entre otros) (17).

Ahora, bien, en virtud de lo expuesto, habrá advertido el lector, que los elementos o polos subjetivos de la relación de consumo constituyen los factores determinantes de su existencia. Cabe entonces preguntarse qué notas tipificantes califican a un consumidor inmobiliario y cuáles permiten identificar al proveedor inmobiliario. Si bien ambos conceptos quedan delimitados por las nociones generales que rigen el subsistema y emergen de los arts. 1 y 2 de la LDC y 1092 y 1093 del Cód. Civ. y Com., dar respuesta a la primera pregunta puede resultar una tarea más sencilla que la segunda, en especial por la compleja trama de actores que exhibe en la actualidad el mercado inmobiliario, lo que obliga a analizar cómo se verifican los recaudos generales de cada noción en la realidad concreta y multifacética que presenta el tráfico negocial. En ese contexto, la figura del proveedor muestra zonas grises que deben resolverse con base en los principios de protección al consumidor y de primacía de la realidad económica.

A fin de establecer si una persona, física o jurídica, califica de “consumidor inmobiliario” el factor determinante (arts. 1 LDC y 1092 Cód. Civ. y Com.) reside en analizar si actúa como destinatario final del bien inmueble objeto de la relación, esto significa que no lo utilice con fines profesionales o empresariales; o, dicho de otro modo, que no lo inserte en el ciclo de una actividad económica. El supuesto típico más relevante y habitual de destino final se verifica cuando el inmueble sea afectado objetivamente a un uso habitacional o de vivienda, sin que se requiera que se trate de vivienda propia o personal del consumidor (puede ser familiar o social), ni que sea para uso permanente (18). Cabe acotar, sin embargo, que existen otros usos que también califican como destino final como ser aquellas situaciones en que el inmueble se emplee con fines recreativos, turísticos, sepelios, o de guarda de bienes (v.gr.: cocheras, bauleras, camas náuticas), por citar algunos casos.

La individualización del proveedor inmobiliario, como se anticipó, plantea ribetes de mayor conflicti-

(7) FRUSTAGLI, Sandra, “Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, T. 2009-1, p. 226 y ss.

(8) En similar orientación, las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán en 2011, habían concluido —también en la Comisión n° 8— que “Consumidor inmobiliario: Debe considerarse consumidor a quien contrata como destinatario final derechos reales o personales sobre inmuebles, con prescindencia de la naturaleza del bien, en la medida en que el enajenante sea un proveedor en los términos del art. 2 de la ley 24.240”.

(9) Recordamos que incorpora al sistema de Derecho privado los elementos que conforman el núcleo de la protección al consumidor en el Título III dedicado a reglar el contrato de consumo como categoría negocial, dentro del Libro Tercero (Derechos personales).

(10) STIGLITZ, Gabriel, “El Derecho del Consumidor en el Código Civil y Comercial unificado. Diálogo de fuentes”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, ob. cit., ps. 259-267; Wajntraub, Javier, “El fortalecimiento de los derechos del consumidor en el Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho de Daños*, T. 2016-1, ps. 109-110.

(11) Acerca del impacto que en general ha tenido la admisión de la

figura p. v. FRUSTAGLI, Sandra, “El contrato de consumo como categoría negocial en el Código Civil y Comercial argentino: impacto y proyecciones”, en LANNI, Sabrina - ESBORRAZ, David F. (dirs.), *El Código Civil y Comercial argentino a diez años de su sanción: balance y prospectivas. Collana: Roma e America. Sistema giuridico latinoamericano*, Studi, 6, antes citado. También v. HERNÁNDEZ, Carlos, “El contrato de consumo en el contexto de la teoría general del contrato. A propósito del Código Civil y Comercial (expresión de una nueva estructura tipológica)”, en JA, cita online TR LALEY AR/DOC/4158/2016; BAROCELLI, Sergio S., “Teoría General de las Relaciones de Consumo”, IJ Editores, Buenos Aires, 2021, Epub, cap. VI, ap. 4.

(12) JAPAZE, Belén, “Calificación del proveedor inmobiliario”, en ALTERINI, Ignacio E. - AICEGA, María V. (dirs.), *Derecho de consumo inmobiliario*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2021, T. I, p. 56.

(13) En ese sentido, la Cámara Civil y Comercial de Rosario, sala I, sostuvo que “El contrato de adquisición de un inmueble a través de la adhesión a un sistema de adjudicación de viviendas mediante el pago en cuotas se encuentra alcanzado por la ley de defensa del consumidor”, en autos “Medina, Andrés y Arriola Estela c. Pilay SA”, 27/07/2007, cita online TR LALEY AR/JUR/5033/2007.

(14) “Relación de consumo. La relación entre el propietario, empre-

dedor, comercializador y administrador del tiempo compartido con quien adquiere o utiliza el derecho de uso periódico se rige por las normas que regulan la relación de consumo, previstas en este Código y en las leyes especiales”.

(15) “Relación de consumo. La relación entre el propietario y el administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas se rige por las normas que regulan la relación de consumo previstas en este Código y en las leyes especiales”.

(16) Ampliar en MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana, “Relaciones jurídicas de consumo ante los conjuntos inmobiliarios como especie”, en ALTERINI, Ignacio E. - AICEGA, María V. (dirs.), *Derecho de consumo inmobiliario*, ob. cit., T. II, p. 193 y ss.

(17) Sobre el funcionamiento del método en el Derecho del Consumidor, v. SOZZO, Gonzalo, “El diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor argentino”, en *Revista de Derecho de Daños*, T. 2016-1, p. 245 y ss.

(18) Ver sobre el particular la postura amplia que plantea LORENZETTI, Ricardo, “Tratado de los contratos”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 379 y ss. En el mismo sentido, HEREDIA, Pablo, “Fases de la contratación inmobiliaria”, en ALTERINI, Ignacio E. - AICEGA, María V. (Dirs.), *Derecho de consumo inmobiliario*, ob. cit., T. I, p. 100.

vidad frente a la heterogeneidad de situaciones fácticas. En el ámbito de la Unión Europea, donde el concepto general de *consumidor* se asienta fuertemente en la idea de la actuación no profesional de la persona física, el otro extremo del vínculo de consumo lo constituye el “empresario” o “profesional” (19). En cambio, en nuestro sistema de protección del consumidor, y en el Derecho latinoamericano en general, se alude al “proveedor”. En el plano normativo nacional, pluralidad de textos refieren a la figura, algunos para fijar las notas tipificantes generales (arts. 2 LDC y 1093 Cód. Civ. y Com.); otros para enunciar quiénes son los sujetos obligados en el marco de ciertas herramientas protectorias específicas (arts. 13, 14, 21, 25 y 40 LDC). La nota central del concepto de *proveedor* parece residir en la idea de “profesionalidad”, expresada muchas veces por la actuación empresarial, actividad que aparece como el contrapunto de la categoría del consumidor expresando esa oposición entre experto-profano (superioridad-vulnerabilidad). Por ello hemos sostenido que “...la categoría normativa de proveedor adoptada por los ordenamientos latinoamericanos no resulta sustancialmente distinta de la noción de *empresario* predominante en los países europeos” (20).

La textura flexible de la redacción de los arts. 2 LDC y 1093 Cód. Civ. y Com. tiene por propósito abarcar las múltiples y variadas formas que puede asumir en el mercado la actuación de quienes se ubican del lado de la oferta de bienes y servicios desarrollando actividades profesionales (21), en contraposición al consumidor que se ubica como último eslabón de la cadena. En el caso de la comercialización de bienes inmuebles, en la actualidad predominan modelos de negocios que asumen forma de grandes emprendimientos, implicándose diferentes actores que se involucran en la gestión del desarrollo del proyecto, el diseño, la financiación, la construcción y la comercialización propiamente dicha, etapa donde habitualmente participan los intermediarios que concretan la oferta y colocación (22).

Algunos de esos roles suscitan aristas debatibles al tiempo de decidir sobre su inclusión como proveedores.

Uno de los casos emblemáticos es el de los corredores inmobiliarios, a quienes, en principio, en tanto profesionales se les exige en la actualidad título habilitante y matriculación en colegios profesionales o autoridades equivalentes, prestan un servicio expresamente excluido de la aplicación del régimen de consumo (art. 2, seg. par., LDC). Sin embargo, cabe recordar que, en el entendimiento de la doctrina mayoritaria, la operatividad de tal exclusión exige la concurrencia de ambos requisitos, siendo además de interpretación restrictiva en

cuanto establece una excepción al régimen legal y por tanto al principio protectorio. Por tal motivo, la tarea de intermediación llevada a cabo por el corredor puede apartarse del supuesto de excepción. Así sucede cuando, como expresa el propio art. 2 LDC, media publicidad de los servicios profesionales destinada a consumidores, siendo entonces aplicable el derecho del consumidor. A esta excepción, la doctrina y la jurisprudencia adicionan otro supuesto, aquel en el cual la actividad profesional se realiza bajo la estructura de una organización empresaria o de una persona jurídica, pues aquí desaparece la actividad del profesional individual como persona física (23), situación harto habitual en el mercado inmobiliario. También, con razón, se ha sostenido, en opinión que compartimos, que en algunos casos “la actuación del intermediario —sea o no corredor— se presenta vinculada al emprendimiento comercial del vendedor o desarrollador del inmueble a comercializarse. La intervención del intermediario excede aquí el objeto específico del corretaje, con lo cual en aquellas situaciones en las que el intermediario se encarga de la difusión del emprendimiento y predispone los instrumentos precontractuales de la operación (...) quedará obligado en los términos de la ley 24.240” (24).

III. El estado de la cuestión en la jurisprudencia

La jurisprudencia nacional da cuenta de una aplicación razonable y adecuada de los conceptos analizados, que se ha intensificado desde la admisión de la categoría de contrato de consumo en el Código Civil y Comercial. A modo meramente ejemplificativo reseñamos algunos precedentes que nos han parecido significativos en la materia inmobiliaria.

Así, respecto de la caracterización de una operatoria como relación de consumo inmobiliaria, se sostuvo que “El negocio celebrado por las partes a la luz de lo dispuesto por los artículos uno, dos y tres de la ley 24.240, reúne las características propias del contrato de consumo; esto es, por un lado, una persona que adquiere un lote de terreno —con una vivienda a construir— como destinatario final y, por otro, una empresa que ejerce una actividad profesional, lo que involucra una clara superioridad técnica”, agregándose que “La demandada ejerce una actividad profesional que involucra una clara superioridad técnica; por tal motivo, su deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas es aún mayor y su responsabilidad debe ser medida de manera más severa” (25).

En orden a la calificación como proveedor, en un caso donde se controvertía el carácter abusivo de cláusulas insertas en un contrato relativo a un inmueble destinado a vivienda, se dijo que la condición de

proveedor debe ser analizada con relación al caso concreto, sin tener que establecerse una única pauta para calificar al proveedor como profesional, agregándose que la comprensión de la categoría debe ser sistémica, considerando las particularidades de cada situación fáctica, en función de los principios fundamentales del Derecho del Consumidor. Tal doctrina se dio en el marco de un debate en el cual el proveedor era una persona física, que contaba con un loteo que comercializaba a su nombre conforme la actividad registrada ante la AFIP, ámbito en donde, además, era titular de dos viviendas (26).

En relación con la intermediación inmobiliaria, se afirmó que la cuestión publicitaria es un elemento determinante para acreditar la existencia de una operación económica entre los intervinientes en la cadena de contratos que comercializa servicios inmobiliarios prestados a través de franquicias. En el caso se incluyó como legitimados pasivos a la franquiciante y a los corredores inmobiliarios, a quienes además se los consideró obligados a observar las exigencias derivadas de la obligación de informar (27). Y en la misma línea se dijo que “En la Ley de Defensa del Consumidor, al menos, los deberes de información previstos en su art. 4º se aplican al caso, no solo porque puede entenderse que esa publicidad también atrajo clientela a la inmobiliaria, sino también porque el corredor inmobiliario demandado tenía un nivel de organización empresarial significativo, que incluía la delegación de funciones. Esto último diferencia a la actividad desarrollada por aquel de las particularidades de la prestación profesional individual típica a la que refiere la Ley de Defensa del Consumidor” (28).

IV. A modo de conclusión

La identificación de una relación de consumo inmobiliaria persigue como consecuencia práctica la actuación plena de los principios protectorio del consumidor y de acceso al consumo sustentable, cuyos despliegues encuentran concreción las herramientas contempladas en la Ley de Defensa del Consumidor y en el Código Civil y Comercial de la Nación, tales como los deberes de información, seguridad y trato digno, el especial régimen de tutela del crédito del consumidor diseñado en el art. 10 bis de la LDC, la integración publicitaria del contrato, la aplicación del régimen de cláusulas abusivas y situación jurídica abusiva, las soluciones especiales en materia de vicios ocultos, el daño punitivo, entre otros instrumentos sustanciales, a los que se suman también los mecanismos procesales de tutela diferenciada del consumidor.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2355/2025

(19) Así, por ejemplo, en el Derecho alemán, la reforma operada al BGB en el año 2000, que incorporó al Derecho común alemán los conceptos de consumidor y empresario; respecto de este último, el § 14 de ese cuerpo normativo dispone que ha de entenderse por tal a la persona física o jurídica que concluye actos jurídicos en ejercicio de su actividad comercial o profesional independiente.

(20) FRUSTAGLI, Sandra; “Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, DPyC, 2009-1, p. 232. Cabe sumar, que la Resolución 123/96 del Grupo Mercado Común por la cual se aprueba conceptos básicos del reglamento común de defensa del consumidor, ha definido al proveedor como “toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como los entes despersonalizados en los Estados Partes cuya exis-

tencia esté contemplada en su ordenamiento jurídico, que desarrollen de manera profesional actividades de producción, montaje, creación seguida de ejecución, construcción, transformación, importación, distribución y comercialización de productos y/o servicios en una relación de consumo”.

(21) LORENZETTI, Ricardo, “Consumidores”, ob. cit., p. 98.

(22) Ampliar en JAPAZE, Belén, “Calificación del proveedor inmobiliario”, ob. cit. p. 82 y ss.

(23) Ver LORENZETTI, Ricardo, “Consumidores”, ob. cit., p. 102, entre muchos otros autores que se ubican en esa línea de pensamiento mayoritario.

(24) ARIZA, Ariel, “Contratación inmobiliaria y defensa del consumidor”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de*

Derecho del Consumidor, ob. cit., T. II, p. 489.

(25) CCiv. y Com., Salta, Sala II, “I. R. U. c. I. S.A. s/Acciones Ley de Defensa del Consumidor”, 03/02/2022, TR LALEY AR/JUR/63072/2022, citado por SLATTERY, Marlene, “Actualidad jurisprudencial en materia de contratación inmobiliaria”, TR LALEY AR/DOC/3027/2023.

(26) CCiv. y Com. Córdoba, 6ª Nom, 19/10/2023, “Sánchez, Rafael Manuel c. Peralta, León Luis y otros s/ ordinario - cumplimiento / resolución de contrato”, TR LALEY AR/JUR/161758/2023.

(27) CNCiv., Sala M, abril 2022, Morón, “Mariano Oscar c. Remax Argentina SRL y otros s. daños y perjuicios”.

(28) CNCom., Sala B, “Álvarez, Laura Andrea c. Katz, Jorge Silvio s/ordinario”, 09/05/2023, TR LALEY AR/JUR/54363/2023.

El fideicomiso en las XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Una posible agenda para el debate



José Fernando Márquez

Profesor Titular Derecho Privado (UNC). Académico de Número Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

SUMARIO: I. El fideicomiso en las Jornadas Nacionales. — II. La inscripción del contrato de fideicomiso. — III. Las facultades del fiduciario y sus limitaciones. Efectos de su violación. — IV. La aplicación de las normas de los contratos luego de constituido el fideicomiso. — V. La situación del fiduciario y del dominio fiduciario vencido el plazo del fideicomiso. — VI. La validez del contrato de fideicomiso con cláusulas con efectos para después de la muerte del fiduciante. — VII. A debatir.

I. El fideicomiso en las Jornadas Nacionales

La Comisión No. 5 (Contratos) de las próximas XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, del 25 al 27 de septiembre en la Ciudad de Corrientes, organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Noreste, tiene como tema de debate al fideicomiso

Tengo el honor de haber sido designado para brindar la conferencia inaugural en dicha Comisión. Mi misión es hacer una semblanza general de la materia y los principales aspectos que considero pueden ser debatidos.

Considero oportuno, entonces, presentar esos aspectos, sin perjuicio, por supuesto, de los que surgirán de las ponencias que los participantes propongan.

II. La inscripción del contrato de fideicomiso (1)

El art. 1669 del Cód. Civ. y Com. determina que el contrato de fideicomiso debe ser inscripto en el Registro Público.

El requisito no estaba en la ley 2441 y fue incorporado ante la sanción del Código y la regulación de la figura como contrato nominado (2).

La cuestión generó no pocas controversias:

II.1. ¿Dónde se inscribe?

En doctrina no es materia discutida que, al referirse el artículo al “Registro Público”, se trata del antiguo “Registro Público de Comercio”. Sin embargo, en algunas provincias, como la de Buenos Aires, existen diversos organismos que reclaman para sí la potestad inscriptora (3).

II.2. ¿Qué se inscribe?

La existencia de tantas jurisdicciones como provincias (incluida la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) provoca distintas regulaciones, pocas veces coin-

cidentes. En qué jurisdicción debe inscribirse el contrato (cuáles son los puntos de conexión), si se inscribe el contrato o solo algunos datos, qué datos se llevan al Registro o si se deben inscribir sus modificaciones o, en su caso, qué modificaciones (son cuestiones para pensar...), más allá de las regulaciones específicas

II.3. ¿Qué efectos tiene la registración?

La norma no determina cuál es el efecto de la inscripción del contrato.

Hay consenso sobre que la inscripción tiene efectos declarativos frente a terceros (no constitutivo). No obstante, la doctrina discute sobre los efectos de la no inscripción y cuál es la posición del tercero que contrata con el fideicomiso sobre la base del contrato no inscripto, o cuyas modificaciones no se inscribieron.

Estas cuestiones serán materia de debate en las Jornadas.

III. Las facultades del fiduciario y sus limitaciones. Efectos de su violación (4)

El Código Civil y Comercial aclaró algunos aspectos sobre la posibilidad de introducir limitaciones contractuales a las facultades de administración y disposición de las que dispone el fiduciario. Así, por ejemplo, se zanjó la duda sobre la posibilidad de prohibir la disposición de algunos o todos los bienes fideicomitidos (art. 1668, segundo párrafo).

Subsisten, entonces, dos tipos de limitaciones. Las expresas, fijadas contractualmente, y las genéricas, derivadas de la imposibilidad de que el fiduciario realice actos que contraríen “los fines del fideicomiso” (art. 1668, primer párrafo).

Es tema de debate, entonces, cómo se debe interpretar ese mandato.

Si es una limitación que genera efectos solo entre las partes del contrato (fiduciario incumplidor frente a fi-

duciente, beneficiarios o fideicomisarios), o también incide sobre los terceros que contrataron con el fiduciario que viola la manda.

Y, en este último caso, cuál es el criterio de interpretación, amplio (exigiendo al tercero mayor rigurosidad en el análisis de las facultades) o restrictivo (amparando, incluso, el ejercicio aparente del fiduciario) (5).

Los temas no son menores, pues, su definición incide directamente sobre la validez o invalidez de los actos del fiduciario que, con su actividad, contraría los fines del fideicomiso.

IV. La aplicación de las normas de los contratos luego de constituido el fideicomiso

El fideicomiso nace, por lo general, por un contrato.

Del contrato nace un “ente”, sin personalidad jurídica, con patrimonio propio y bajo la titularidad del fiduciario, quien entabla relaciones, en nombre del fideicomiso, con personas humanas o jurídicas, públicas y privadas, y aún con otros fideicomisos.

Surge la pregunta de si, en esta situación, pueden aplicarse derechamente las normas de los contratos (por ejemplo, en materia de rescisión o resolución) o deben adaptarse al complejo de derechos y obligaciones generados por la actividad fiduciaria.

Así, por ejemplo, una es la posición que postula que fiduciante y fiduciario pueden realizar una rescisión bilateral, sin considerar las deudas que el fideicomiso hubiese generado, subsistiendo solo para los terceros la promoción de acciones de fraude. O, por el contrario, si dicha rescisión es posible solo una vez satisfechas las deudas, bajo pena de nulidad (6).

V. La situación del fiduciario y del dominio fiduciario vencido el plazo del fideicomiso

Es motivo de interrogación cuál es la situación del fideicomiso, una vez vencido su plazo de vigencia o cum-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Tratamos el tema en La publicidad en el fideicomiso en el Código Civil y Comercial, en https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina1.asp?buscar=fideicomiso%20marquez&iid=12522&base=50&resaltar=fideicomiso,marquez,fideicomiso,marquez.

(2) Antes de la sanción del Código, propusieron la inscripción del contrato, entre otros, JUNYENT BAS, Francisco A. - MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Bases para una reforma del régimen del fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción”,

LA LEY, 2007-C, 782, TR LALEY AR/DOC/1219/2007, quienes postulaban como un modelo posible a la Ley 17.703 del Uruguay (27/10/2003).

(3) Sobre los problemas generados en esa jurisdicción, pueden consultarse las ponencias publicadas en MÁRQUEZ, José F., “Libro de Ponencias: I Congreso Interdisciplinario de Fideicomiso”, Libro digital, PDF, Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2025, 1ª ed.

(4) Tratamos este aspecto en “Sobre las facultades de administración y disposición del fiduciario”, LA LEY, 2007-D, 1007, referi-

do al régimen anterior al Código, pero con conclusiones de plena aplicación actual.

(5) Por una postura favorable a la posición del adquirente, KIPER, Claudio - LISOPRAWSKI, Silvio V., “Tratado de Fideicomiso”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2023, T I, 5ª ed. ampl. y act., p. 435.

(6) Sobre la importancia práctica de esta discusión, recomendamos consultar el fallo dictado por la C5ª Nom. Córdoba, “Gatti, Gustavo Justo y O. c. Zucchini, Marcela Edith y o. – ordinario” (Expte. 5.719.573) 21/11/2018, TR LALEY AR/JUR/92261/2018).

plida la condición a la que se sujetó su vigencia (recordemos que siempre el fideicomiso debe estar sujeto a un plazo o a una condición).

Si la postura fuera desde una visión contractualista, entonces se debe concluir en que, vencido el plazo, concluyeron las facultades del fiduciario y ya no puede ejercer derecho alguno en nombre del fideicomiso.

Si la postulación se basara en otra perspectiva, como, v.g., considerar que el fideicomiso es un patrimonio que hay que liquidar para que se extinga, entonces podemos concluir en que el fiduciario puede llevar a cabo todas las acciones necesarias para liquidarlo, aun después del vencimiento de su plazo.

Iguals dudas pueden plantearse con relación a la situación del dominio fiduciario una vez vencido el plazo de vigencia. Si se visualiza desde una postura de los derechos reales, entonces se debe concluir en que ya no existe el dominio fiduciario y que, automáticamente, el dominio pasa al fideicomisario (art. 1706).

Nuevamente, si la perspectiva es desde la presencia de un patrimonio de afectación, entonces ese dominio

fiduciario deberá permanecer como tal hasta la liquidación del fideicomiso (pago de deudas y realización de activos).

VI. La validez del contrato de fideicomiso con cláusulas con efectos para después de la muerte del fiduciante

Es habitual encontrar en contratos de fideicomisos cláusulas que prevean que el fiduciario administrará los bienes en beneficio del fiduciante y, a su muerte, los bienes serán transmitidos a los herederos, o a terceros que se quiere beneficiar.

O, con algún cambio, se pacta que el fiduciario administrará en beneficio del fiduciante o de los beneficiarios y, cuando aquel muera, los bienes les serán transferidos en plena propiedad.

¿Son válidas estas cláusulas?

En estos casos, o en similares en los cuales se prevén cláusulas de disposición de bienes por parte del fiduciario después de la muerte del fiduciante, es notorio que la primera alerta es si no se trata de un acto de disposición para después de la muerte (disposición de herencia futura), prohibida por el art. 1010 del Cód. Civ. y Com., y que no se encuentren entre los permitidos por la misma norma.

Si no están entre los pactos permitidos por el art. 1010, en la jurisprudencia se han presentado las dos posiciones contrapuestas.

Se pronunció por la validez del fideicomiso la Cámara Nacional en lo Civil, Sala M. en “Cassillis Newenham, Deane Antonio y otros c. Furlotti, Marcela y otros s/ nulidad de acto jurídico” (7) y, por la nulidad, la Cámara Civil y Comercial de Necochea, en “Cardenau, Rubén Omar c. Cardenau, Omar Nicolás y ot. s/ nulidad de acto jurídico”, RCCyC, 2020 (abril), 165, con nota de Silvio V. Lisoprawski (8).

La cuestión merece un mayor debate.

VII. A debatir

En estas breves líneas solo he querido plantear algunos posibles temas de discusión para las Jornadas. Seguramente habrá otros planteados por los ponentes.

Estoy seguro de que, como siempre ha sucedido, el estudio será profundo y, por qué no, acalorado; y que, una vez más, la doctrina que surja de ellas será fuente para la solución de los problemas que se discutan.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2219/2025

(7) TR LALEY AR/JUR/16669/2022.

(8) En RCCyC, 2020 (abril), 165, con nota de Silvio V. Lisoprawski.

La buena fe y el conocimiento indirecto de la transmisión del derecho real



Carlos A. De Rosa

Profesor Extraordinario Consulto de Derechos Reales en la Facultad de Derecho (UNMdP). Director del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho (UNMdP). Director del Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mar del Plata. Profesor de posgrado en distintas universidades públicas y privadas.

SUMARIO: I. Introducción. —II. Oponibilidad de los derechos reales. — III. El conocimiento indirecto.

I. Introducción

El art. 398 del Cód. Civ. y Com. establece la regla general de la transmisibilidad de todos los derechos: “...excepto estipulación válida de las partes o que ello resulte de una prohibición legal o que importe trasgresión a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres” (1).

Seguidamente, el mismo cuerpo reproduce la máxima romana *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habere*, al expresar que: “Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas” (art. 399) (2).

Toda transmisión importa un cambio de titularidad, una sucesión en los derechos; una suerte de cadena en la que el adquirente ocupa la misma posición de su enajenante. Su derecho no es otro que el de su autor.

Esta concepción causal, distingue entre adquisiciones derivadas y originarias, según reconozcan o no un derecho antecedente (3). Las primeras, a su vez, pueden provenir de actos entre vivos (v. gr. contratos) o por causa de muerte.

La fuente normal de desplazamiento de los derechos reales es la libre voluntad de sus titulares que se manifiesta esencialmente en el plano convencional (4). El contrato es, sin duda, el verdadero motor del tráfico jurídico y la más acabada expresión de la voluntad traslativa; es la causa generadora, aunque por sí sola resulta insuficiente para que la mutación *in rem* pueda concretarse.

Al igual que su antecedente (el Código Civil de Vélez Sarsfield); el Código vigente recepta en materia de transmisión de derechos reales el sistema romano clásico del título y el modo, basado en el principio de la

causalidad adecuada (5). Así, dispone en el art. 1892, que: “La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes...”. Para luego explicitar que: “...Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de todas las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión...”. Esquema descripto gráficamente por Puig Peña, al expresar, que: “Como dice Álvarez Suárez, el contrato obligacional sin entrega —o sustitutivo de la entrega— no transmite la propiedad; y la entrega, sin contrato obligacional, tampoco” (6).

Resulta esencial para la validez de estos actos, su otorgamiento por personas “capaces y legitimadas al efecto” (7). Es decir, que tengan aptitud para poder enajenar sus propios bienes; y que sean titulares del

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Norma que se reitera de manera superflua e innecesaria en el art. 1906 para los derechos reales.

(2) Con ello se pone fin a una vieja discusión, desde que no hay otras excepciones que las establecidas por la ley.

(3) Algunos autores niegan la eficacia de esta clasificación, a la que

califican de dogmática (ver: ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A., “Curso de derechos reales”, Ed. Civitas, Madrid, 1986, T. I, p. 112.

(4) DE ROSA, Carlos A., “Acerca del concepto de buena fe en las relaciones reales y en los derechos reales”, en “Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor doctor Jorge H. Alterini”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2024, p. 436.

(5) PUIG BRUTAU, José, “Fundamentos de Derecho Civil”, Ed. Bosch, Barcelona, 1971, T. III, vol. I, p. 345.

(6) PUIG PEÑA, Federico, “Tratado de Derecho Civil Español”, “Derechos Reales”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1952, T. III, vol. I, p. 140.

(7) Art. 1982 “in fine” Cód. Civ. y Com.

derecho o que se encuentren debidamente autorizados para disponer (8). Requisitos que importan la aplicación de otra regla romana: *Id quom nostrum est, sine facto nostro ad alium transferre potest* (9); que impide que lo que es nuestro pueda pasar a otro sin un acto también nuestro.

De esta manera, cumplidos tales recaudos, el derecho real queda en principio transmitido y constituido para el adquirente.

II. Oponibilidad de los derechos reales

Más allá de lo expuesto, el carácter absoluto de los derechos reales y su consiguiente eficacia *erga omnes* determinan la necesidad de publicitarlos frente a terceros; porque su titularidad, sus cargas y las diferentes vicisitudes por las que puedan atravesar, no deben permanecer en la penumbra (10). Como lo expresara Freitas: “No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce” (11).

La publicidad permite llevar cognoscibilidad a los terceros interesados, para que no se vean sorprendidos en su buena fe. Su fundamento radica esencialmente en la protección de la seguridad del tráfico jurídico (12). La dificultad de investigación de la situación jurídica de los inmuebles aconseja el empleo de este mecanismo, que permite hacer compatibles la protección del acreedor y del comprador, con la tutela del propietario (13).

En tal sentido, dispone la primera parte del art. 1893 del Cód. Civ. y Com., que: “La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso”.

Por la inscripción de su título en el registro, el adquirente sabe que, en principio, su derecho no se verá afectado por ventas o gravámenes posteriores (14). Respecto de los anteriores no registrados, habrá que estar a la factibilidad de haber conocido o podido conocer la realidad extrarregistral; (15) sobre todo, aquellas mutaciones que, aun cuando no involucran derechos reales, se manifiestan en el ámbito de los hechos; tal como sucede, por caso, con una promesa de compraventa inmobiliaria celebrada mediante un instrumento privado o boleto, seguida de la tradición (16).

La expresa referencia a la publicidad posesoria es un acierto del legislador (17). Si algo caracteriza a la posesión es su exterioridad fáctica, porque como fenómeno de la realidad “es visible, perceptible sensorialmente” (18); razón por la cual, es inherente a ella la función de la publicidad, en tanto manifiesta la posible existencia —no certera— de un derecho, aunque solo en su apariencia (19). La publicidad registral es, probablemente, más precisa; pero también divulga una apariencia, desde que la generalidad de los derechos reales nace afuera de los registros (20); y porque la inscripción no mejora la condición del título (21).

Es habitual que aquello que exteriorizan los asientos registrales resulte coincidente con la situación posesoria; pero no son infrecuentes los casos en que existe discordancia entre ambas expresiones de la publicidad; y en tales supuestos, las opiniones no son uniformes (22). Al respecto, la generalidad de nuestra doctrina ha expresado con acierto que: “Cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la publicidad registral inmobiliaria, triunfa la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe” (*VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Comisión 4, Conclusiones, La Plata, 1981) (23).

¿Quiénes son los terceros interesados? ¿En qué consiste la buena fe de éstos para que no se les puedan oponer eficazmente las adquisiciones o transmisiones de derechos reales sobre inmuebles? ¿Cuál es la buena fe requerida a quien resulte afectado en la hipótesis de discordancia entre ambas publicidades, para que pueda prevalecer?

Ante todo: tercero es aquel que no es parte sustancial (24). Es ajeno a la mutación real, porque no ha participado en la *inter alios acta* que impulsó la adquisición o transmisión. Esto no implica incluir a todos los demás terceros; sino solo a aquellos que tienen un interés legítimo respecto de aquella situación jurídica real que se les podría oponer, de haberse cumplimentado la puesta en conocimiento exigida por la ley; de allí su denominación (25).

III. El conocimiento indirecto

Es el que se adquiere por otros medios que los establecidos por la ley para difundir, dar a conocer, o notificar eficazmente determinado acto, o situación jurídica (26).

No siempre el legislador confiere eficacia al conocimiento indirecto. Por caso, en el Código Civil deroga-

do, al regular la cesión de créditos se disponía que: “...el conocimiento que el deudor cedido hubiera adquirido indirectamente” no suplía la falta de notificación, ni era equivalente a ella (art. 1461); postura que parece mantener el Código Civil y Comercial de la Nación, a pesar de la ausencia de una norma similar (27).

Este no es el criterio que impera en materia de adquisiciones o transmisiones de derechos reales, porque para que el defecto de publicidad se considere con significación bastante como para tornarlas inoponibles, el tercero interesado deberá acreditar su buena fe (art. 1893); la que no podrá invocar cuando haya tenido conocimiento, aunque indirecto, de la respectiva realidad extrarregistral. Esta circunstancia le impedirá considerarse a resguardo de los efectos de la mutación real (28).

Ya el art. 3135 del Código derogado contenía una norma en materia hipotecaria que establecía que: “La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto. Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y los testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública se considera registrada”.

Resulta evidente que el legislador presumía que todas estas personas, conocedoras de la formalización del acto y constitución del gravamen, no habrían obrado de buena fe si hubieran pretendido hacer valer la falta de inscripción para obtener alguna ventaja. La buena fe consistía, pues, en no haber conocido ni podido conocer la mutación real.

Ello explica la significación de la siguiente disposición, consagrada en el art. 3136 del mismo cuerpo legal, al establecer que: “Si estando constituida la obligación hipotecaria, pero aún no registrada la hipoteca, y corriendo el término legal para hacerlo, un subsiguiente acreedor, teniendo conocimiento de la obligación hipotecaria, hiciere primero registrar la que en seguridad de su crédito se le haya constituido, la prioridad de registro es de ningún efecto respecto de la primera hipoteca, si esta se registrare en el término de la ley”.

El sentido ético de esta norma y el castigo de la mala fe fueron explicados por el propio codificador en la nota respectiva, al expresar que: “El Cód. Francés, art. 1071, dispone lo contrario. Dice así: ‘*El defecto de inscripción*

(8) El art. 2503 del Código Civil derogado establecía para el requisito de la legitimación, que: “Los únicos derechos que pueden transmitirse por la tradición, son los que son propios del que la hace”. CANO TELLO Celestino A. “Iniciación al estudio del derecho hipotecario”, Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 31.

(9) Digesto, L. 50, T. 17.

(10) Díez-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio, “Sistema de Derecho Civil”, “Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral”, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, vol. III, p. 62.

(11) Citado por Vélez Sarsfield en la nota al art. 577 de su Código Civil.

(12) DE COSSÍO y CORRAL, Alfonso, “Instituciones de Derecho Hipotecario”, Ed. Civitas, Madrid, 1986, p. 34.

(13) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A., “Derecho Inmobiliario Registral”, Ed. Civitas, Madrid, 1986, p. 145.

(14) Arts. 17, 19, Ley 17.801.

(15) IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983, Conclusiones Comisión Derechos Reales.

(16) Para ello se requiere de una conducta activa, diligente, porque la omisión de las diligencias necesarias, atendiendo a la naturaleza de la

obligación, y a las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar, son configurativas de culpa, y revelan la mala fe (arts. 961, 1170, 1724 Cód. Civ. y Com.).

(17) El Proyecto de Código Unificado de 1998 también lo hacía en su art. 1843.

(18) HERNÁNDEZ GIL, Antonio, “La posesión”, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 436.

(19) “...La ley, dice Troplong, ve un cierto número de hechos de goces públicos, no interrumpidos y pacíficos, ella los ve continuar durante un año, y de estos actos reiterados y patentes, deduce que el que los ejerce es propietario. Asimilado el poseedor anual al propietario quiere que no sea turbado hasta que se pruebe que el poseedor no es propietario...” (Vélez Sarsfield D., párrafo de su comentario al art. 2473 del su Cód. Civil).

(20) DE COSSÍO y CORRAL, Alfonso, “Instituciones de derecho hipotecario”, Ed. Civitas, Madrid, 1986, p. 201.

(21) Art. 4 Ley 17.801.

(22) Ver, por caso, las distintas posiciones citadas por VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., “Estudios sobre derecho de cosas”, Ed. Monte-

corvo, Madrid, 1986, T. II, p. 410.

(23) Conclusión ratificada por el Despacho de la Mayoría de la Comisión de Derechos Reales de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011.

(24) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, “Curso introductorio al Derecho Registral”, Ed. Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1983, p. 263.

(25) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, “Curso introductorio al Derecho Registral”, ob. cit., p. 267.

(26) ALSINA ATIENZA, Dalmiro, “El Principio de la Buena Fe en el Proyecto de Reforma de 1936”, Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1942, T. II, p. 199.

(27) Ver art. 1620 Cód. Civ. y Com.

(28) ALTERINI, Jorge H., “El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible”, JA, Buenos Aires, T. 1971, p. 634; COGHLAN, Antonio R., “Teoría general de Derecho Inmobiliario Registral”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 41; DE ROSA, Carlos A., “Acerca del concepto de buena fe en las relaciones reales y en los derechos reales”, en *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor doctor Jorge H. Alterini*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2024, p. 436.

no podrá ser suplido ni considerado como subsanado por el conocimiento que los acreedores pudiesen haber tenido de la constitución de la hipoteca, por otras vías que la de la inscripción'. Pero una doctrina más razonable y moral prevalece en Inglaterra y en los Estados Unidos, según lo dice Kent en su *Comentario a las Leyes Americanas*, Sec. 28, nº 169, y es la de nuestro artículo, pues juzga que sería un deshonor de la ley que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que esta triunfara".

A su turno, el art. 20 de la ley 17.801 replicó esta postura, al disponer que: "Las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalecerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado. En caso contrario, quedarán sujetos a las responsabilidades civiles y sanciones penales que pudieran corresponder" (29).

En esta línea de pensamiento, pero, con un criterio más amplio, establece el párrafo final del art. 1893 del Cód. Civ. y Com., que: "No pueden prevalecerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real" (30).

Esta disposición, si bien es más abarcadora que la contenida en las normas referenciadas, en tanto no se circunscribe a excluir de la inoponibilidad solo a los sujetos que han "intervenido" en el acto; resulta todavía

incompleta, porque únicamente contempla el caso del hipotético conocimiento del título (31), cuando en rigor correspondía extender la previsión legal a los supuestos de conocimiento del modo, elemento constitutivo del derecho real.

Resulta así una suerte de incoherencia afirmar, por una parte, la necesidad de los dos elementos (título y modo) para dar por operada la transmisión o adquisición del derecho real; y, por la otra, no incluir en la descalificación legal los casos de conocimiento indirecto de la entrega.

Probablemente el legislador entendió que, al cumplirse la tradición, y con ella el desplazamiento de la cosa del *tradens* al *accipiens*, comienza de inmediato a manifestarse la posesión como mecanismo de publicidad, de igual consideración normativa que la registral; la que por sí sola facilitaría la cognoscibilidad de la mutación real. Sin embargo, no siempre la entrega de la cosa a la persona del adquirente se cumple de manera tan ostensible y material, anunciando la constitución de un nuevo derecho real. La posesión es un estado, una situación de hecho más o menos permanente que, cuando es pública, bien puede aportar a la difusión de la transmisión; la tradición, en cambio, es un simple acto, no siempre notorio (32).

La complejidad de la vida moderna, especialmente la que transcurre en los grandes centros urbanos posibilita que, por diversas circunstancias, ese traspaso pase inadvertido para muchos, impidiendo que la mentada

publicidad posesoria se patentice y pueda cumplir con su función reveladora; sobre todo si se atiende a la posible existencia práctica de las diversas situaciones de excepción que admite la *traditio* (33).

Por caso, no es infrecuente que el conocimiento de la realidad extrarregistral tenga lugar por la percepción de algún tipo de movimiento en los inmuebles, por actividades de operarios o servidores de la posesión, que pasan inadvertidas para la generalidad de los vecinos; ignorándose en lo demás, si se trata de discretos trabajos de mantenimiento por el propietario, se ha concretado una mutación real o la formalización de título alguno.

La tradición, aunque equívoca por su condición de acto material y abstracto (34), puede ser generadora de cognoscibilidad de la transmisión para ciertos terceros interesados; aunque nada se sepa acerca del título ni publicite inequívocamente un nuevo estado posesorio. La vida jurídica es mucho más rica que las previsiones del legislador; y la experticia permite demostrar la mala fe de quienes, bajo determinadas circunstancias fácticas, pretenden prevalecerse del defecto de publicidad, a pesar de haber conocido o podido conocer la concreción del modo constitutivo de una transferencia real.

En síntesis: tampoco pueden prevalecerse del defecto de publicidad quienes conocían o debían conocer el modo de la transmisión.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2220/2025

(29) La referencia al documento y no al acto se explica porque se trata de un registro de documentos o títulos (arts. 2 y 3, ley 17.801).

(30) Reproduce con leves modificaciones la fórmula contenida en el art. 1843 del Proyecto de 1998.

(31) Ver los antecedentes de esta norma referenciados por ALTERINI,

Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, María E., "Tratado de los Derechos Reales", Ed. La Ley, Bs. As., 2018, T. I, p. 787.

(32) Por caso, la entrega de las llaves, o cuando es meramente formal.

(33) Ver arts. 1892, 1923, 2233 Cód. Civ. y Com.

(34) PUIG PEÑA, Federico, "Tratado de Derecho Civil Español", Derechos Reales, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1952, T. III, vol. I, p. 146.

El régimen de recompensas



Mariel F. Molina de Juan

Doctora en Derecho. Prof. Titular efectiva Derecho de las familias (UNCuyo). Miembro de la subcomisión de Reforma del Código Civil y Comercial 2015 (Libro II). Directora de las carreras de Especialización y Maestría en derecho de las familias (UNCuyo).

SUMARIO: I. Introducción. — II. Sistemática del régimen de comunidad de ganancias. — III. Breves conclusiones.

I. Introducción

El tema convocante a la Comisión de Familia por las XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil se centra en el régimen de recompensas, institución que expresa la dinámica propia de la comunidad de ganancias y persigue que el matrimonio no sea fuente de enriquecimiento de un cónyuge a costa del otro.

A 10 años de vigencia del Código Civil y Comercial hay que destacar la pertinencia y utilidad de su estudio, pues no obstante la recepción expresa de la teoría de las recompensas en la Sección 7ª (arts. 488 a 495) del Título II del Libro que regula las relaciones familiares

mediante un conjunto de reglas específicas relativas a los supuestos de procedencia, la carga de la prueba y las pautas legales de cuantificación, un relevamiento de la doctrina y jurisprudencia actual da cuenta de la falta de consenso en su interpretación y aplicación (1).

II. Sistemática del régimen de comunidad de ganancias

II.1. Reglas generales

Dado que el régimen de comunidad es el más empleado, y que funciona de manera supletoria, resulta que en la mayoría de los matrimonios argentinos se forma una masa de ganancias que será repartida solo

luego de su extinción; de allí que sea calificada como una comunidad diferida, pues hay que esperar hasta ese momento para que nazca el derecho a participar por mitades de los resultados de la buena o mala fortuna del proyecto común. De manera que, sea cual sea la causa de su cese (en vida o por muerte), allí concluyen las condiciones de ganancialidad y se cristaliza una masa estática pendiente de liquidación (2).

El régimen de recompensas opera en esa fase; y supone un conjunto de operaciones jurídico-contables orientadas a concluir las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio, y a definir el activo líquido que se reparte por mitades, en un todo de acuerdo con lo dispuesto por el art. 498 Cód. Civ. y Com. (3).

A tal fin, primero se determina el activo. Para ello se aplican las reglas consagradas en los arts. 464, 465 y 466 Cód. Civ. y Com., que expresan los principios estructurantes del régimen comunitario: calificación única, presunción de ganancialidad, preservación (o intangi-

bilidad) de masas propias y gananciales, y orden público.

Determinado y valuado el patrimonio ganancial, y separados los bienes propios, corresponde cancelar las deudas con los terceros y ajustar las cuentas internas. Esto es así, porque la gestión separada de los bienes propia de la comunidad (arts. 469 y 470 Cód. Civ. y Com.) autoriza desplazamientos de valores entre las masas propias y gananciales, a modo de “préstamos” internos, los que son bastante frecuentes (4). Si bien estos intercambios suelen representar esfuerzos comunes *en pos de* los objetivos de la pareja (adquisición, mejora o conservación de bienes, o cancelación de deudas), lo cierto es que cuando el proyecto matrimonial concluye, cada patrimonio debe ser recompuesto.

Entonces habrá que determinar los créditos entre los copartícipes e imputarlos contra la masa que debió soportarlos, de conformidad con el sistema definido por los arts. 489 y 490 Cód. Civ. y Com. (5). Aquí cobra relevancia el instituto de las recompensas.

II.2. Las cosas por su nombre

El régimen legal de las recompensas se aplica a aquellos créditos que obedecen a desplazamientos entre masas propias y gananciales durante la vigencia de la comunidad, aunque se reclamen después de la extinción. A raíz del orden público, ese crédito se mantiene latente (6) y no puede exigirse ni renunciarse (7). Tampoco pactarse su valor ni ser objeto de contratos entre los cónyuges (art. 1002 inc. d). Sin embargo, producido el cese, renace la autonomía personal y, por ende, los exesposos pueden renunciarlo o convenirlo. Si no hay acuerdo, se determina y cuantifica en la fase de liquidación judicial y se hace valer antes de la partición (8).

Sentado ello, las recompensas no deben confundirse con otros efectos patrimoniales del cese de la vida en pareja. Tal el caso de (a) los préstamos habidos entre las masas propias, lo que sucede si con dinero propio se pagan deudas personales (490 Cód. Civ. y Com.) (9); (b) las compensaciones originadas por el uso exclusivo de un bien ganancial (art. 484 Cód. Civ. y Com.); (c) lo que se deba como consecuencia de la rendición de cuentas de los frutos de la indivisión poscomunitaria (art. 485 Cód. Civ. y Com.); (d) la compensación en la hijuela del otro a raíz de la atribución preferencial de un bien (art. 499 Cód. Civ. y Com.). Aunque todos estos reclamos puedan acompañar la fase de liquidación y procuren asegurar una justa conclusión de los efectos patrimoniales del matrimonio, se rigen por sus propias

reglas y obedecen a causas diferentes que habrá que acreditar.

Por otro lado, y aunque parezca una obviedad, al ser propias de la comunidad de ganancias matrimonial, el crédito originado por el enriquecimiento sin causa en las uniones convivenciales (art. 528 Cód. Civ. y Com.) no califica como recompensas. Menos aun cuando lo que se debe es una compensación causada por el desequilibrio económico manifiesto originado por la vida en común y su ruptura (441 Cód. Civ. y Com.), cuya razón de ser no corresponde a los desplazamientos patrimoniales entre la masa propia y ganancial.

Bastante más difusa parece la línea divisoria entre las recompensas que aquí se estudian y aquellos créditos nacidos luego de la extinción de la comunidad por el aporte de fondos personales (obtenidos luego de la extinción) en beneficio de la comunidad, sea a raíz del pago de cargas (impuestos, créditos hipotecarios) o de mejoras en bienes gananciales (reparaciones, ampliaciones, etc.). Aunque en rigor no son recompensas, pues el crédito nace recién extinguida la comunidad, de ordinario se reclaman y reconocen como tales.

II.3. Fundamentos

La teoría de las recompensas es una construcción dogmática compleja, destinada a saldar las cuentas entre excónyuges mediante débitos o créditos en la hijuela de partición de aquel que deba abonarlas o recibirlas evitando que se consolide un perjuicio en la masa propia que disminuye en “directo y correlativo beneficio” de la ganancial, o porque esta disminuyó “en beneficio del patrimonio de uno de los cónyuges” (10).

Para lograr su cometido, se vale de una serie de mecanismos flexibles destinados a reestablecer los patrimonios particulares de cada cónyuge (11) mediante componentes protectorios de la igualdad de derechos y responsabilidades económicas, atravesadas por la necesaria perspectiva de género como herramienta de interpretación de la plataforma fáctica y valoración de la prueba, y la aplicación de ciertos correctivos jurídicos de mantenimiento del poder adquisitivo del dinero.

De una manera generalizada, la doctrina interpretó que la razón de ser que obliga a restituir el dinero es la prohibición de enriquecimiento sin causa (12), al asentarse en ambos presupuestos de esa teoría: enriquecimiento y empobrecimiento respectivo. Es que si solo se atendiera al beneficio podría suponerse que, en su ausencia, el crédito se diluiría, lo que a la luz de

los principios vigentes luce inaceptable. Así las cosas, la recompensa también persigue corregir el perjuicio sufrido por la masa que hizo el aporte (13). Y con ello, preservar la integridad patrimonial (14) que pudo verse afectada por ese peculiar “préstamo”, que se mantuvo latente durante el matrimonio.

Se agregan también argumentos relativos a la ineficacia de convenciones matrimoniales no admitidas, el pago por subrogación, la prohibición de donaciones entre cónyuges, empleo útil y el mandato tácito.

II.4. Naturaleza

En términos precisos, la operación de recompensar implica la imputación contable de una suma de dinero (15) en la cuenta del cónyuge acreedor a modo de reintegro de las sumas de dinero invertidas. Por eso, quien realizó el aporte no puede aspirar a que se le reconozca una parte del bien que se adquirió o que se mejoró con ese dinero, menos aún que se genere entre ambos una sociedad o un condominio (16). Este crédito carece de garantía o privilegio y admite acción subrogatoria.

Aunque no haya unanimidad, se la considera obligación de valor, de modo que se cuantifica al momento del pago (17). En esta sintonía, el despacho de la Comisión 7 de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Austral (2024), sostuvo que: “Debe modificarse el art. 493 Cód. Civ. y Com. en el sentido de que la cuantificación de las recompensas se considere como un valor que debe calcularse en los términos del art. 772 Cód. Civ. y Com.” (mayoría).

Que sea una deuda de valor no excluye el cómputo de intereses, siempre que se los reclame (18). Por eso, si el deudor decide no pagar, debe asumir las consecuencias del tiempo transcurrido; y el acreedor tendrá derecho a recibir el capital más los intereses moratorios. Sentado que el reclamo presupone la extinción de la comunidad (art. 488 Cód. Civ. y Com.) (19), se distinguen diversas posturas sobre el momento desde el que los intereses se computan. Para unos corren desde la sentencia que reconoce y determina el crédito, haciéndolo exigible (liquidación de la comunidad), pues tratándose de una deuda de valor, mientras no se exprese en dinero, no existe un capital adeudado (20). En el otro extremo están quienes los computan a partir de la extinción de la comunidad, pues, aunque el crédito no esté liquidado, resulta exigible de inmediato, por lo que nace el derecho a reclamarlos (21). Finalmente, la posición intermedia los hace correr desde su reclamo (22), con un cierto paralelismo con el crédito que nace de la

(4) UGARTE, L., “Algunos aspectos de las recompensas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY 10/12/2020, 1; TR LA LEY AR/DOC/3751/2020.

(5) Para abundar, ver mi anterior trabajo: “Las cuentas de la comunidad”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2020-1 Cuestiones patrimoniales del Derecho de las familias-I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, ps. 71-110.

(6) ZANNONI, E., “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, 5ª ed., T. I, p. 779.

(7) MEDINA, G., “Sociedades, régimen patrimonial del matrimonio y recompensas. Principios, problemas y soluciones”, RCCyC 2022 (junio), 5, TR LA LEY AR/DOC/1477/2022.

(8) VELOSO, S., “Régimen de recompensas”, RCCyC 2015 (dic.), 61, TR LA LEY AR/DOC/4271/2015.

(9) CNCiv., Sala I, “B. A F c. O B, M C s/ liquidación de sociedad conyugal”, 17/10/2017; TR LA LEY AR/JUR/80051/2017.

(10) MEDINA, G., en KEMELMAJER de CARLUCCI, A. - HERRERA, M. - LLOVERAS, N., “Tratado”, ob. cit., p. 838.

(11) CFamilia Mendoza, “M., M. P. c. K., D. R. s/ separación de bie-

nes”, 26/07/2018, TR LA LEY AR/JUR/42538/2018.

(12) ZANNONI, E., “Tratado”, ob. cit., p. 778.

(13) FASSI, S. - BOSSERT, G., “Sociedad Conyugal”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, T. II, p. 263.

(14) BASSET, Ú., “La Calificación de Bienes en la Sociedad Conyugal”, Ed. Abeledo Perrot, 2012, p. 472.

(15) MATTERA, M. - D'ACUNTO, C., “El derecho de recompensa en la liquidación de la sociedad conyugal”, ED, 192-916-B.

(16) CCiv. y Com., Resistencia, S. I, “F., C. D. V. c. V., E. O. s/ Liquidación sociedad conyugal - Contradictoria”, 23/03/2023, TR LA LEY AR/JUR/33261/2023.

(17) KEMELMAJER de CARLUCCI, A., “Deudas pecuniarias y de valor hacia una jurisprudencia de valoraciones”, JA, 1976-IV-276. OSSOLA, F., en LORENZETTI, R. (Dir.), “Código Civil y Comercial Comentado”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, T. V, p. 156. En cambio, para la CFamilia, Mendoza; si se reclama recompensa por el pago de un préstamo hipotecario es una obligación de dar sumas de dinero, 14/08/2014, autos 327/13 caratulados “LL. V P c/ R. J. E. p/ Sep. de bienes”, inédito.

(18) CNCiv., Sala K, “G. N. G. c. S. C. G. s/ liquidación de sociedad conyugal”, 12/05/2020, TR LA LEY AR/JUR/17189/2020.

(19) MEDINA, G., en KEMELMAJER de CARLUCCI, A., HERRERA, M. - LLOVERAS, N., “Tratado”, ob. cit., p. 885; UGARTE, L. A., “Algunos aspectos”, ob. cit.

(20) ORTIZ DE ROSAS - ROVEDA, “Régimen de bienes del matrimonio”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 182.

(21) En participar hay que hacer jugar el efecto retroactivo en los términos del art. 480 CCyC. Ver ORLANDI, O. - FARAONI, F., “Liquidación de la comunidad de ganancias en vida y ante la muerte”, La Ley suplemento especial: cuestiones patrimoniales en el derecho de familia, 2019.

(22) UGARTE, L., “Algunos aspectos”, ob. cit. SAMBRIZZI, Eduardo, “Rentas del trabajo luego de la separación de hecho, pero antes de la disolución de la sociedad conyugal”, DJ, 27/06/2012, 7; LA LEY, 2012-D, 456, TR LA LEY AR/DOC/2224/2012. MAZZINGHI, J., “El crédito por recompensa en la liquidación de la sociedad conyugal”, LA LEY, 2004-F, 1407, TR LA LEY AR/DOC/2483/2004.

colación (conf. 2394 Cód. Civ. y Com.). Esta última parece ser la solución más coherente con los principios que rigen el régimen patrimonial del matrimonio y sus efectos; entre ellos (a) la autonomía personal, ya que se trata de un derecho disponible; (b) la relación familiar que subyace al crédito entre personas que han compartido un proyecto para el cual aportaron ciertos bienes o dinero (no terceros desconocidos); (c) la solidaridad familiar que condujo a un aprovechamiento correlativo de los beneficios de su uso; (d) la imprescriptibilidad de la liquidación y, por ende, de las recompensas que se incluyen en ella.

Por lo general, el punto de partida será la demanda de liquidación, aunque cabría explorar la posibilidad de considerar operativo su reclamo en la propuesta del convenio regulador del divorcio, o mediante una interpelación fehaciente. En todo caso habrá de interpretarse a la luz de los principios que rigen el derecho de las familias; y con una mirada en clave de género, sobre todo en casos de violencia económica.

II.5. Carga de la prueba

Existen varias normas a las que atender para determinar cómo funciona la carga de la prueba en la etapa de liquidación de la comunidad de ganancias; aplicadas a la institución de las recompensas podrían parecer contradictorias:

i. Una presunción general recogida en el art. 466 que admite prueba en contrario. Se funda en la solidaridad matrimonial que sostiene la ganancialidad, y en la protección del cónyuge más vulnerable.

ii. Una regla derivada del deber de colaboración procesal que expresa el dinamismo de la prueba. El art. 710 ubicado en el Título VIII se inclina por sostener que la carga de la prueba recae, en definitiva, sobre quien se encuentre en mejores condiciones de probar. El carácter patrimonial del derecho en juego no excluye su aplicación.

iii. Una regla específica para las recompensas: el art. 492 Cód. Civ. y Com. según el cual la prueba incumbe a quien la invoca; o sea, al cónyuge acreedor o a sus sucesores corresponde probar el gasto realizado (23) y la naturaleza de los fondos empleados, así como la existencia del provecho subsistente, si fuere el caso. Así formulada podría parecer contradictoria con la anterior, sin embargo, dado el régimen de administración separada de los bienes en la comunidad de ganancias, suele ser el cónyuge que administra quien se encuentra en mejores condiciones de arrimar las pruebas sobre el destino de los fondos (24).

La aparente contradicción entre la presunción de ganancialidad, el dinamismo de las cargas probatorias y el deber que recae sobre quien invoca el dere-

cho se resuelve mediante una interpretación sistémica que priorice la buena fe y la tutela judicial efectiva (art. 706 Cód. Civ. y Com.). Ante la duda, cabe hacer jugar la perspectiva de género que irrumpe en el derecho patrimonial matrimonial desde el paradigma constitucional-convencional como un mecanismo de interpretación de los hechos y la prueba correctiva de desigualdades estructurales. Sobre todo, a raíz de las características específicas del sistema probatorio procesal vigente (anclado en la prueba documental, instrumental, contable).

II.6. Clases

II.6.a. Recompensas del pasivo (aportes destinados a pagar deudas o cargas)

Son los créditos que provienen de la gestión del pasivo o las deudas que realizan los cónyuges durante el matrimonio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 467 Cód. Civ. y Com. Con ellos se busca ajustar la incidencia de las deudas personales de cada cónyuge o de las cargas de la comunidad, restituyendo los valores “prestados” a la masa disminuida (25). Comprenden tanto las recompensas que se derivan del pago de cargas de la comunidad con fondos propios (alimentos, deudas contractuales, etc.), como aquellas que surgen por haber saldado deudas personales (por ejemplo, las nacidas en la responsabilidad extracontractual) con recursos gananciales. Interesa remarcar que no importa quién es el titular del dinero aportado, sino la masa de la que fue defraudado. De modo que toda vez que las masas interactúen para desinteresar los acreedores, mediante el empleo de bienes extraños al patrimonio verdaderamente obligado (propio o ganancial), nace este crédito que se mantiene latente y se actualiza al momento de la extinción.

II.6.b. Recompensas del activo (para la adquisición, mejora, incremento o consolidación de bienes)

Son las que se generan en favor de la comunidad a raíz del aporte de gananciales para adquirir, beneficiar, mejorar, otorgar mayor valor a bienes de carácter propio. A la inversa, se debe recompensa a alguno de los cónyuges cuando el dinero propio fue empleado para semejantes supuestos, en beneficio de la masa ganancial.

El art. 491 Cód. Civ. y Com. menciona dos supuestos que sientan presunciones de recompensas en favor de la comunidad, en el afán de resolver viejos debates.

El segundo párrafo reconoce una recompensa en favor del cónyuge que enajenó bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio, con base en la presunción que los fondos obtenidos de esa enajenación fueron utilizados para afrontar gastos realizados durante el matrimonio. La norma sigue el criterio del

art. 466 y excepciona la regla del art. 492 Cód. Civ. y Com. Entonces, quien reclama tiene la carga de acreditar la venta del bien y el cobro del precio (26), mientras que quien se resiste deberá probar que los fondos obtenidos con la enajenación del bien propio no beneficiaron a la comunidad, porque se reinvertieron en otro bien propio, se gastaron en beneficio exclusivo del enajenante (art. 490 Cód. Civ. y Com.), se ocultaron o se destinaron a actos extraños a la comunidad (27). La jurisprudencia aplicó la solución legal en casos de enajenación de un inmueble (28) o de un paquete accionario (29) sin reinversión del dinero recibido.

La norma resulta de gran utilidad, aunque omite otros supuestos que pueden acontecer en el fluir de la economía matrimonial; por ejemplo, cuando uno de los esposos recibe dinero en donación o por herencia, y dichos fondos no se reinvierten en otro bien propio; en este caso: ¿rige idéntica presunción? El silencio legal obliga la interpretación.

Al tratarse de un asunto relativo a la carga de la prueba, si la respuesta fuera negativa, quien reclama deberá acreditar que el dinero recibido no fue gastado en su propio beneficio y que no lo conserva. En cambio, si se hace jugar la presunción, le bastará acreditar que percibió el dinero; y quien se opone tendrá que demostrar el destino que se le dio (que debe encuadrar en alguno de los supuestos del art. 490 Cód. Civ. y Com.), que no ha sido consumido en beneficio de la comunidad o que el otro conserva su dinero.

Del otro costado se sostiene que la presunción también rige; ello con base en la finalidad del párrafo incorporado, el principio de la intangibilidad de masas propias y gananciales, y la prohibición de donación entre cónyuges casados bajo régimen de comunidad de ganancias (art. 1002 inc. d) (30). La solución es por demás razonable, porque “lo normal es que los gastos hechos durante el matrimonio estén a cargo de la comunidad y lo excepcional es que estén a cargo de uno de los cónyuges, y no es habitual que se tome la precaución de documentar todos los gastos hechos en beneficio de la familia, por lo que es lógica la presunción legal” (31).

El tercer párrafo del art. 491 dice que el mayor valor de una participación propia en una sociedad por capitalización de utilidades genera recompensas. Esta regla se asimila a la efectiva aportación de bienes gananciales en favor de esas acciones propias, como si fueran dividendos (32), los que por decisión asamblearia no se distribuyen. Con ello se evita que la decisión de la sociedad sea utilizada como un mecanismo para perjudicar al cónyuge no socio (33).

No obstante la buena intención del legislador (34), subsisten las dudas (35) y se acumulan críticas.

(23) CNCiv., Sala F, “B. H. c. D. D. E. s/ liquidación de sociedad conyugal”, 06/07/2017, La Ley 22/11/2017, 7; LA LEY, 2017-F, 254; DFyP, 2018 (marzo), 83; RDF, 2018-II, 75, con nota de Arianna, C., TR LALEY AR/JUR/68925/2017.

(24) UGARTE, L. A., “Algunos aspectos”, ob. cit.

(25) GUAGLIANONE, A., “Disolución y liquidación de la sociedad conyugal”, Ediar, Buenos Aires, 1965, p. 250.

(26) JNCiv 92, “B. H. c. D. D. E. s/liquidación de sociedad conyugal”, 29/11/2016, Expte. 26765/2013.

(27) VELOSO, S., “Régimen de recompensas”, RCCyC, 2015 (diciembre), 16/12/2015, 61, TR LALEY AR/DOC/4271/2015.

(28) CNCiv., Sala F, “B. H. c. D. D. E. s/ liquidación de sociedad

conyugal”, 06/07/2017, LA LEY, 2017-F, 254; DFyP, 2018 (marzo), 83; RDF, 2018-II, 75, con nota de Carlos A. Arianna, TR LALEY AR/JUR/68925/2017. Ver también JFamilia, Paso de los Libres, “G. R. J vs C. M. A. T. A Divorcio - Incidente de liquidación de la sociedad conyugal”, 17/04/2018.

(29) CNCiv., Sala J, “C. L. N. c. S. L. E. s/ Liquidación de Sociedad Conyugal”, 30/08/2019, con nota de María del Carmen Staropoli; LA LEY, 2019-F, 491, TR LALEY AR/JUR/28679/2019.

(30) Postulada por ZANNONI, E., “Tratado...”, ob. cit., p. 782 y “La presunción de ganancialidad y tres aplicaciones en la liquidación de la sociedad conyugal”, LA LEY, 1977-D, 621.

(31) UGARTE, L., “Algunos aspectos”, ob. cit.

(32) ZUCARELLI, F., “Las participaciones societarias propias de uno de los cónyuges en el marco de la sociedad conyugal”, RCCyC, 2025 (febrero), 112 TR LALEY AR/DOC/42/2025.

(33) MOLINA de JUAN, M. - PERACCA, A., en KEMELMAJER de CARLUCCI, A. - HERRERA, M. - LLOVERAS, N. (Dir.), “Tratado de derecho de familia. Actualización doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, T. V-A, p. 114.

(34) SAMBRIZZI, E., “Derecho a recompensa en el Código Civil y Comercial”, SJA, 20/04/2016, 25, TR LALEY AP/DOC/329/2016.

(35) DUPRAT, D., “Empresa familiar, utilidades y régimen de recompensas, frente a la comunidad del socio”, RDF, 88-77, TR LALEY AR/DOC/1072/2019; ZUCARELLI, F., “Las participaciones”, ob. cit.

Por un lado, no hay acuerdo sobre si rige solo para las sociedades en participación o cualquiera sea su tipo social (36).

Por el otro, se discute a qué casos de “mayor valor” se aplica, dado que únicamente el texto refiere a la capitalización de utilidades y no a otras hipótesis posibles (resultados no asignados, reservas facultativas, etc.). Se duda acerca de si puede extenderse a esos supuestos, dado que el art. 464 inc. k) reclama que se acredite inversión de ganancias para el incremento del valor mobiliario. También se problematiza si admite prueba en contrario.

Para unos la fórmula sienta un principio general que aplica toda vez que se constate un aumento del valor del capital social, pues lo contrario sería inadmisibles desde la perspectiva del derecho de las familias, en tanto legitimaría un enriquecimiento sin causa para el cónyuge que tiene como bien propio la sociedad o la participación societaria revalorizada por la incorrecta distribución de ganancias (37).

Otros pregonan la inclusión de más supuestos en la norma. Tal el despacho mayoritario en las *Jornadas Nacionales de Derecho Civil* del año 2024.

Los más restrictivos sostienen que se trata de una excepción y que solo rige en el caso expresamente regulado, haya o no emisión de acciones (38). Quedarían fuera otros supuestos de aumento de valor de la participación social (39). Dentro de esta línea, algunos conjugan esta situación con el art. 464 inc. k) y sostienen que la presunción admite prueba en contrario. De modo que si se acredita que ese aumento de valor por capitalización de utilidades responde a fondos propios (40), no cabrían recompensas (41).

El problema de las posturas restrictivas es que pueden perder de vista que, en incontables oportunidades, las sociedades de capital, especialmente las de familia, son un instrumento de fraude a los derechos gananciales (42). Probablemente esto es lo que el legislador de 2015 ha querido evitar. Por ello, toda vez que el juez o la jueza se encuentren ante un caso dudoso deberán descartar el fraude o abuso del derecho. En todo caso la solución dependerá de los hechos concretos que sostienen la pretensión; y dada la gran cantidad de matices que pueden presentar, no sería conveniente adoptar posturas dogmáticas ni encorsetadas en una interpretación literal o sesgada.

II.7. Cuantificación

A la hora de ajustar cuentas lo más complicado es determinar el valor del crédito, entre otras razones

porque hay que decidir si lo que se corrige es el enriquecimiento patrimonial de una masa o el empobrecimiento de la otra; esto es, si se toma el mayor valor que resulta del bien, o el importe de la inversión o gasto efectivamente realizado, que no siempre coinciden, sea por efecto de la inflación o porque la mejora o refacción se destruyó total o parcialmente, o el bien obtuvo una plusvalía por factores externos, ajenos a la inversión y a las relaciones internas del matrimonio.

El Código Civil y Comercial se ocupa del tema en dos artículos correlativos (arts. 493 y 494).

El primero se refiere al monto; y propone una comparación entre la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Aclara que si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquélla. Hay que destacar la referencia a los valores constantes, porque resuelve el problema de la inflación.

El criterio adoptado aplica el doble tope del empobrecimiento del acreedor y del subsistente enriquecimiento del deudor (43). Por eso la jurisprudencia sostuvo que viene a salvaguardar la equidad sin estimular la especulación, ya que el matrimonio no debe transformarse en un negocio para ninguno de los cónyuges (44).

Sin embargo, las dificultades interpretativas y prácticas no desaparecieron, al punto que, a una década de la reforma, son pocos los precedentes que en rigor siguen estas reglas. Por un lado, por lo complejo de determinar el “provecho subsistente” y proceder a su cuantificación; por otro, porque la opción del menor valor puede resultar injusta y entonces habría que dejar abierta la posibilidad de aplicar los principios generales del derecho, si ello conduce a un enriquecimiento ilícito del patrimonio beneficiado.

El segundo artículo contiene un parámetro temporal referido a que “los bienes que originan recompensas se valúan según su estado al día de la disolución del régimen y según su valor al tiempo de la liquidación”. Nada dice si el bien no existe y, por tanto, no puede ser valuado; por lo que algunos sostienen que, en esa hipótesis, la norma no aplica (45).

El régimen argentino ha seguido en parte el precedente francés, que también trae la comparación entre el gasto y el provecho subsistente; calculados ambos, se toma el menor. Según su doctrina, para determinar el beneficio, se procede como si se hubiera producido una subrogación del aporte en una proporción del patrimo-

nio beneficiado. La masa empobrecida tendría un derecho según la medida del valor que ella ha aportado (46).

El problema parece residir en que no incluyó las excepciones que sí trae el derecho francés, que dan lugar a lo que la doctrina llama “regla del doble máximo”, en tanto son tan amplias que, en la práctica, terminan convirtiéndose en regla (47). La primera excepción dispone que, cuando el gasto fue necesario, el reembolso no puede ser menor que lo efectivamente gastado (por aplicación de las reglas de la posesión que prevé la indemnización por los gastos necesarios). La segunda excepción indica que no puede ser menor al beneficio subsistente o provecho (mayor valor que tiene la cosa por ese aporte, aun cuando el gasto sea menor), siempre que el valor aportado haya servido para adquirir, conservar o mejorar un bien existente al momento de la liquidación en el patrimonio del “prestatario”. O sea, aunque el gasto sea menor, se computa el enriquecimiento obtenido a causa de ese aporte siempre que: (i) se haya destinado a la adquisición del bien; (ii) fuera utilizado para su conservación; o (iii) se haya empleado en una mejora del bien. Este último sería el supuesto de mejoras útiles.

Hay que reconocer que el esfuerzo legislativo al regular un completo régimen de recompensas parece haber quedado a mitad de camino, al no resolver definitivamente el tema de la cuantificación. Sobre el punto la relectura del modelo francés puede ofrecer una buena salida.

III. Breves conclusiones

En estas breves líneas he tratado de sintetizar el estado de la cuestión y detectar algunos de los actuales debates en materia de recompensas. Entre ellos: (a) la naturaleza de deudas de valor; (b) la procedencia de los intereses; (c) el deslinde con otras figuras; (e) la interpretación de las presunciones contenidas en el art. 491; (f) la aplicación de la perspectiva de género como herramienta hermenéutica; (g) el cálculo de las recompensas, etc.

Es de esperar que el trabajo de la Comisión permita arribar a algunas conclusiones de utilidad para abogados y jueces dedicados a la difícil tarea de liquidar los efectos patrimoniales del matrimonio; y que, sin dejar de lado las destrezas jurídico-contables que se precisan, ofrezcan soluciones claras y comprensibles para el operador práctico, al tiempo que aseguren la tutela judicial efectiva de los derechos patrimoniales involucrados.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2221/2025

(36) ARIANNA, C., “Régimen”, ob. cit., 2017, p. 294; UGARTE, L. A., “Algunos aspectos”, ob. cit. DUPRAT, D., “Empresa familiar”, ob. cit.

(37) MEDINA, G., “Sociedades, régimen”, ob. cit. Ver también BASSET, Ú. - GONZÁLEZ, E., “Régimen Patrimonial del matrimonio”, ED, p. 232. En jurisprudencia CNCiv., Sala I, “Mosso Lobato, Nidia Elena c. Dios Bretal, Eligio Andrés s/ Liquidación de Sociedad Conyugal”, 14/07/2021, Expte. 30.100/2012.

(38) DUPRAT, D., “Empresa familiar”, ob. cit.

(39) AZPIRI, J., “Régimen de bienes en el matrimonio”, Ed. Hamurabi, 2018, 4ª ed., p. 148.

(40) ROVEDA, “Recompensas en caso de utilidades de acciones

de carácter propio de uno de los cónyuges”, Comisión Nro. 7 de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, septiembre 2024, disponible en <https://www.austral.edu.ar/derecho/jndc/comisiones/>

(41) CNCiv., Sala I, “B., A. F. c. O. B., M. C. s/liquidación de régimen de comunidad de bienes”, 17/10/2017, Expte. 18.920/2010.

(42) SAMBRIZZI, E., “Régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 581.

(43) Ibídem.

(44) CNCiv., Sala M, “R., M. c. P., V. B s/ liquidación de régimen de comunidad de bienes”, 30/12/2024, LA LEY, 12/02/2025, 12, TR

LALEY AR/JUR/205337/2024.

(45) CNCiv., Sala K, “G., N. G. c. S., C. G. s/Liquidación de sociedad conyugal”, 12/05/2020, Ed. Erreius 12/07/2021, TR LALEY AR/JUR/17189/2020.

(46) MALAURIE - AYNES, “Les obligations”, Cujas 1998-1999, 9 édition, nros. 1001-1002; BEIGNIER, B., “Régimes Matrimoniaux Pacs Concubinage”, LMD Montchrestien - Lextenso Éditions, Paris, 2010, ps. 189 y ss.

(47) BEIGNIER, B., “Régimes Matrimoniaux Pacs Concubinage”, LMD Montchrestien - Lextenso Éditions, Paris, 2010, ps. 189 y ss.

Partición



Marcos M. Córdoba

Doctor en Derecho (UBA). Académico de universidades nacionales en Argentina y profesor de doctorado en países de Europa y América. La República de Italia, el Tribunal Constitucional de la República del Perú y el Senado de la Nación de Argentina le han otorgado las máximas honoríficas por su obra jurídica.

SUMARIO: I. Previo. — II. Oportunidad de la petición. — III. Casos de postergación de la partición. — IV. Partición antieconómica. — V. Herederos condicionales. — VI. Partición total y parcial. — VII. Prescripción. — VIII. Modos de hacer la partición. — IX. Cuenta particionaria.

I. Previo

Las autoridades de las XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil han seleccionado como tema de trabajo de la comisión dedicada al Derecho Sucesorio el correspondiente a la *partición*. Considero que ello constituye un acierto, dadas las circunstancias actuales de la evolución del derecho y de las intenciones legislativas que se anuncian incluso por medios de difusión pública.

No dudo que este importantísimo evento jurídico será el espacio intelectual adecuado, a efectos de aportar certezas en el correcto uso del Derecho que provoque consecuencias de utilidad. Es la efectividad del Derecho a lo que debe aportar la mencionada finalidad.

En términos concretos considero que el aporte que realicen los estudiosos entusiastas del Derecho a través de sus ponencias y el análisis de estas en el evento que se desarrollará en la provincia de Corrientes, convocados por la Universidad Nacional del Nordeste, se constituirá en la génesis que enriquecerá en su consecuencia la aplicación certera del Derecho vigente exponiendo en ello que la actual estructura jurídica argentina es la más adecuada para la atención del dinamismo jurídico que requiere la transmisión sucesoria.

No ignoro que existe un reclamo generalizado respecto de lo vasto en el tiempo de los procesos judiciales que tienen como objeto la transmisión por causa de muerte, pero un estudio profundo de dichos procesos nos demuestra que no se utilizan adecuadamente todos los medios que la ley vigente proporciona. A tales fines no debemos centrarnos exclusivamente en los 61 artículos que componen el Título VIII del Libro V del Código Civil y Comercial, ya que para alcanzar las consecuencias queridas por el legislador es imprescindible la relación de esto con cuestiones tan alejadas como parece aquella que contiene la última parte del art. 2295 Cód. Civ. y Com., pues la sanción que allí se prevé para el heredero infractor tiene aptitud incluso para modificar cuestiones de orden público como son las porciones hereditarias. Lo mismo puede afirmarse de aquel contenido normativo resultante del art. 2448 Cód. Civ. y Com. que posee la misma capacidad de alteración de normas que, en principio, son indisponibles como resultado de la mejora a favor de herederos con discapacidad. No debe ignorarse también que en otros libros del Código encontramos disposiciones que deben ser atendidas al analizarse la partición hereditaria, tal el contenido del art. 1010 Cód. Civ. y Com. *in fine*. Veremos, también, cómo la voluntad del causante puede incidir en las adjudicaciones, aunque ella no resulte de la expresión contenida en testamentos o donaciones, pues los hechos previos a la muerte que involucren al causante son aptos para provocar una relación de sus herederos con las cosas, de manera de provocar una relación que luego justifique atribuciones preferenciales.

En definitiva, estas *Jornadas* serán las adecuadas para desvirtuar impulsos infundados de modificar las leyes e imponer la adecuada interpretación de las vigentes. Seguramente el fruto de estas XXX *Jornadas Nacionales de Derecho Civil* de la provincia de Corrientes aportarán a ello. No olvidemos que la indivisión hereditaria solo cesa con la partición y sin embargo esta regla no tiene, en su uso, habitualidad de aplicación. La conducta contraria sería suficiente para poder contradecir la crítica a la deficiencia legal que provoca la perduración de los procesos judiciales sucesorios.

I.1. Comunidad hereditaria

La comunidad hereditaria o estado de indivisión nace en el momento mismo de la muerte del causante, siempre y cuando haya más de un heredero, y se extiende hasta la aprobación de la partición o la extinción de la pluralidad de herederos.

La indivisión hereditaria termina con la aprobación judicial de la partición respecto de los herederos; respecto de terceros es oponible a partir de su inscripción (1). Con la partición total, termina el proceso sucesorio.

I.2. Legitimados a pedir la partición

Pueden pedir la partición “todos los que tengan algún derecho declarado por las leyes, en otras palabras, todos los que tengan algún interés legítimo en que ella se lleve a cabo” (2).

II. Oportunidad de la petición

Para que proceda la partición, debe encontrarse aprobado el inventario y el avalúo de los bienes, así como determinadas las deudas y cargas de la sucesión.

III. Casos de postergación de la partición

La legislación argentina ya establecía casos en los que se debía mantener la indivisión o comunidad hereditaria, constituyendo excepciones al principio general, y el Código Civil y Comercial las ha conservado e incrementado, así es que los arts. 2330; 2331 y 2332 habilitan supuestos de indivisión forzosa impuesta por el testador, por los herederos o por el cónyuge.

IV. Partición antieconómica

Se trata de un caso diverso que habilita la facultad de indivisión. No se encuentra fundado en los principios que rigieron la ley 14.394 ni en ninguno de los casos previstos en los arts. 2330, 2331, 2332, Cód. Civ. y Com., que tienden a facilitar la continuidad de un ejercicio respecto de un bien o explotación determinada. En este caso se prevé que la división pueda

producir un valor inconveniente con relación al que razonablemente se presupueste con relación a un tiempo posterior. Es ejemplo de ello lo acontecido como consecuencia de inundaciones en campos que reconocen históricamente una mayor producción; el efecto sobre el valor de bienes en territorios del sur de la República producido por cenizas volcánicas y otros acontecimientos de consecuencias temporales.

V. Herederos condicionales

La condición suspensiva como modalidad es un hecho incierto y futuro al que se subordina la eficacia del llamamiento testamentario.

El art. 2366 Cód. Civ. y Com. dispone que los herederos instituidos bajo condición suspensiva no pueden pedir la partición mientras la condición no está cumplida, pero pueden pedirla los coherederos, asegurando el derecho de los herederos condicionales; y agrega que los instituidos bajo condición resolutoria pueden pedir la partición, pero deben asegurar el derecho de quienes los sustituyen al cumplirse la condición.

VI. Partición total y parcial

Partición total es aquella en la que quedan comprendidos todos los bienes que integran la masa hereditaria y, como se dijo *ut supra*, se pone fin al estado de indivisión. Partición parcial es aquella en que alguno o algunos bienes pertenecientes a la masa hereditaria, por alguna circunstancia, no pueden ser partidos. En consecuencia, hay bienes que quedan excluidos de la partición y subsiste la comunidad con el resto de los bienes que integran el acervo (art. 2367 Cód. Civ. y Com.).

VII. Prescripción

El art. 2368 Cód. Civ. y Com. establece que la acción de partición de herencia es imprescriptible mientras continúe la indivisión, pero hay prescripción adquisitiva larga de los bienes individuales si la indivisión ha cesado de hecho, porque alguno de los copartícipes a intervertido su título poseyéndolos como único propietario, durante el lapso que establece la ley.

VII.1. Interversión del título

Cuando todos los herederos poseen en común y se mantiene la indivisión, cualquiera de ellos puede pedir la partición sin restricciones temporales. La imprescriptibilidad establecida no es más que una consecuencia del principio de indivisibilidad de la posesión (3).

La interversión del título por prescripción adquisitiva larga ejercida por uno de los coherederos lo excluye de la comunidad hereditaria, porque la adquisición del

título no deriva del causante (4). La prescripción adquisitiva larga, que no exige justo título ni buena fe, es de veinte [20] años. Si la cosa es un mueble registrable no hurtado ni perdido, no inscripto, pero recibido de su titular registral o de su cesionario sucesivo y los elementos identificatorios son coincidentes, se adquiere el derecho real por posesión de diez [10] años, conforme el contenido normativo del art. 1899 Cód. Civ. y Com.

VIII. Modos de hacer la partición

Con fundamento en la seguridad de los derechos de todo interesado se impone la partición judicial cuando existen copartícipes ausentes o que carecen de forma íntegra de los atributos para manejarse por sí mismos y a título propio; cuando acreedores y legatarios se oponen a la realización de la partición privada y cuando no sea acordada por unanimidad, aunque todos sean plenamente capaces y estén presentes y no se opongan terceros interesados (art. 2371 Cód. Civ. y Com.).

VIII.1. División de uso y goce

La partición provisional es aquella en la que se divide o atribuye solamente el uso y goce de los bienes, es decir, no versa sobre la propiedad, que sigue permaneciendo en estado de indivisión (art. 2370 Cód. Civ. y Com.).

Esta tiene lugar también cuando alguno de los coherederos pide la partición existiendo un heredero condicional.

VIII.2. Naturaleza jurídica del partidor

El partidor no es un mandatario de los herederos porque es nombrado por el juez y su conducta no se ajusta a las instrucciones de los interesados, sino que obra con criterio propio.

El partidor propone y es el juez el que tiene la jurisdicción.

VIII.3. Designación de partidor. La voluntad de los herederos

Respecto de su designación, debe ser nombrado por unanimidad de voluntades de los herederos o por el juez.

IX. Cuenta particionaria

IX.1. Prenotados

Relación autónoma de los antecedentes del juicio.

IX.2. Cuerpo general de bienes

El denominado *cuerpo general de bienes*, además de ellos con el detalle de su valor, incluye las relaciones jurídicas de contenido patrimonial.

(4) En este sentido Areán, Zannoni, y Fornieles. Véase AREÁN, B. "Partición y adjudicación" en HIGHTON, Elena - AREÁN, Beatriz, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, T. 13, p. 800.

IX.3. Diversidad de composición

Debe prestarse atención a que el activo sucesorio se integra de distinta manera según quiénes concurren a la herencia y según qué actitud tomen estos. Pues, si concurren herederos con legítima y ha habido donaciones a coherederos o terceros, estos pueden optar por ejercer sus acciones de colación y de reducción o no hacerlo. Según estas presencias y estas actitudes, las masas quedarán integradas de diverso modo.

IX.4. Bajas comunes

Debe reflejarse el pasivo de la herencia, detallándose todas las deudas y las cargas de la sucesión. Se ha definido a estas últimas como las obligaciones nacidas a partir de la muerte del causante que recaen sobre la herencia.

Al estar detallado e individualizado el pasivo de la herencia, el partidor formará la llamada *hijuela de bajas*, representada por un lote de bienes que sirven para el pago de dicho pasivo.

Resulta de interés la conclusión a la que arriba Natale al afirmar que "para la determinación de la legítima, deben deducirse de la masa hereditaria tanto las deudas como las cargas, y estas primero que aquellas" (5). Enseña Ferrer que "No siempre es necesario confeccionar la hijuela de bajas. En la práctica no es muy frecuente, pues el pago por los herederos de las deudas generalmente se efectúa antes de partir, enajenando bienes si fuera preciso" (6).

IX.5. Líquido partible

Es la operación aritmética que representa el saldo de los dos anteriores, es decir, el resultado del cuerpo general de bienes —activo— menos las bajas comunes —pasivo—.

IX.6. Distribución del líquido

El partidor debe determinar la cuota ideal que le corresponde a cada uno de los herederos mediante una equivalencia de valor monetario.

IX.7. Adjudicación

Por último, se efectúa la adjudicación. En efecto, una vez realizados los pasos anteriores, el partidor tendrá que formar las hijuelas o lotes de cada heredero, mediante los cuales deberá hacer coincidir la porción ideal que le corresponde a cada heredero con la asignación concreta de los bienes comprendidos en las respectivas hijuelas o lotes.

De conformidad con los códigos procedimentales para hacer las adjudicaciones, el perito, si las circunstancias lo requirieren, oír a los interesados a fin de obrar de conformidad con ellos en todo lo que acordaren o de conciliar, en lo posible, sus pretensiones (7).

(5) NATALE, Roberto M., "La acción de reducción", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008, p. 300.

(6) FERRER, Francisco A. M., "Tratado de Sucesiones", Rubinzal-

IX.8. División antieconómica

El art. 2375 Cód. Civ. y Com. establece que, aunque los bienes sean divisibles, no se los debe dividir si ello hace antieconómico el aprovechamiento de las partes. Si no son licitados, pueden ser adjudicados a uno o varios de los copartícipes que los acepten, compensándose en dinero la diferencia entre el valor de los bienes y el monto de las hijuelas.

IX.9. Partición en especie

El art. 2374 Cód. Civ. y Com. establece que, si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los copartícipes puede exigir su venta.

En caso contrario, se debe proceder a la venta de los bienes y a la distribución del producto que se obtiene. También puede venderse parte de los bienes, si es necesario, para posibilitar la formación de los lotes.

IX.10. Voluntad de los herederos

Cuando las circunstancias lo requieran, el partidor debe oír a los interesados con el fin de obrar de conformidad con ellos en todo lo que acordaren o de conciliar, en lo posible, sus pretensiones.

Cuando la voluntad de los herederos no puede ser cumplida sin afectar las disposiciones de la ley, el partidor queda limitado por estas, debiendo respetar su voluntad en todo lo que sea posible, es decir, en todo lo que sea legítimo. Ello puede alcanzar que deba hacerla aun en contra de la voluntad de ellos, a efectos de respetar derechos especialmente protegidos por el ordenamiento: tal el caso de equivalencia de las porciones, atribuciones preferenciales, derecho real de habitación del cónyuge supérstite, oposición a particiones, entre otros.

Es deber del partidor exponer los fundamentos de su propuesta, entre ellos, en los que ha procedido de conformidad con los herederos y en los que no ha podido hacerlo con expresión de la causa. Todo ello tendiente a aportar a todos los interesados y al juez la razón de su proceder.

IX.11. Indivisión por interés social

La ley hace prevalecer un interés en la productividad futura de los bienes transmitidos, no permitiendo que la división reduzca la potencialidad de aprovechamiento de la cosa. Trasunta esto un interés que excede el de los sujetos de la relación jurídica. Por otra parte, facilita las adjudicaciones al habilitar expresamente las compensaciones con aportes ajenos al haber. Solución que reconoce la práctica judicial argentina.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2337/2025

Culzoni, Santa Fe, 2022, T. III, p. 639.

(7) Art. 729, Cód. Proc. Civ. y Com.; art. 764, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Prov. de Buenos Aires.

