



# DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE  
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL  
FACULTAD DE DERECHO - UBA

AÑO V - NÚMERO 15 - ABRIL DE 2022

DIRECTOR:  
PROF. HÉCTOR OSVALDO CHOMER



# DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE  
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

**D** | **IFUNDIR**  
**E** | **DUCHAR**  
**C** | **APACITAR**  
**O** | **RIENTAR**  
**N** | **UTRIR**  
**O** | **RDENAR**  
**M** | **EDITAR**  
**I** | **NVESTIGAR**

## Comité Editorial

**Director general:** Héctor Osvaldo Chómer

**Director Área Comercial:** Pablo Frick  
**Director Área Tributario:** Eduardo Laguzzi  
**Director Área Recursos:** Natalia Waitzman  
**Coordinador General:** Rodrigo Jaime

**Coordinadores:**

María José Alzari  
Rodrigo Bustingorry  
Sara Llorente  
Liliana Taverna

**Comité de Honor:**

Héctor Alegría  
Salvador Bergel  
Raúl Etcheverry  
Rafael Manovil

**Comité Académico:**

Griselda Capaldo  
Horacio Corti  
Miguel De Dios  
Leila Devia  
Graciela Junqueira  
Beatriz S. Krom  
Silvia Nonna  
Martín Paolantonio  
Jorge S. Sicoli  
Julia Villanueva

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la UBA ni del Comité Editorial.



# DECONOMI

## ÍNDICE

<a href="#">Nota del director</a> por <b>Héctor Osvaldo Chomer</b>	Pág. 5
<b>Doctrina</b>	
<a href="#">“Relación entre el Derecho de la Navegación con otras ramas del derecho: a propósito del choque de buques contra muelles”</a> por <b>Diego Esteban Chami</b>	Pág. 6
<a href="#">“El capital social repensado: el patrimonio neto mínimo (la nueva regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación y las reformas según leyes 26.994, anexo ii. 2 y 27.349 arts. 22 a 33)”</a> por <b>Ariel Ángel Dasso</b>	Pág. 22
<a href="#">“Las fintech frente al derecho bancario y el sistema nacional de pagos. Un rompecabezas para armar.”</a> por <b>Eduardo N. Farinati</b>	Pág. 31
<a href="#">“Nuevo marco regulatorio de los biocombustibles. Posibilidades y restricciones normativas para potenciar su mercado”</a> por <b>Mariano Genovesi y Santiago Bassó</b>	Pág. 54
<a href="#">“La fuente de la obligación en los títulos valores y las excepciones oponibles”</a> por <b>Martín E. Paolantonio</b>	Pág. 65
<a href="#">“La (des)protección de las solicitudes de patentes”</a> por <b>Mónica Witthaus</b>	Pág. 83



# DECONOMI

## Nota del Director

Una vez más y como cada cuatro meses, nos reencontramos con la presentación de la Revista.

En este caso con la desinteresada contribución de varios Profesores Titulares (Chami, Genovesi y Paolantonio), Adjuntos (Witthaus, Farinati y Bassó) y del Maestro Ariel A. Dasso.

Las materias y abordajes son múltiples y variados y los enfoques y conclusiones atractivos y, de seguro, despertarán tanto interés como debate.

Como Director vaya mi agradecimiento a quienes, una vez más, han contribuido en éste y en números precedentes, invitando nuevamente a todos los Profesores del Departamento a publicar, difundir y debatir sus ideas por esta vía.

Con la perenne esperanza de que esta difícil labor de autores y editores, que se materializa en este resultado, sea de agrado y utilidad a los lectores, los invito a avanzar en la consulta de lo aquí presentado a Ustedes.

Gracias y hasta pronto.

***Héctor Osvaldo Chómer***



## ***“Relación entre el Derecho de la Navegación con otras ramas del derecho: a propósito del choque de buques contra muelles”***

por Diego Esteban Chami<sup>1</sup>

### **1. Introducción**

El tema elegido -la relación entre ramas del derecho- no es de aquellos que generan gran interés y normalmente no son tratados en clase y los alumnos de grado suelen no leer el capítulo de manuales o tratados vinculado con la relación entre las ramas del derecho. Sin embargo, el tema objeto de este trabajo -la relación del Derecho de la Navegación con otras ramas del derecho - no es solo de gran interés teórico, sino de importantes consecuencias prácticas. Esto es especialmente así en el caso de colisiones de buques contra muelles.

### **2. Relación del Derecho de la Navegación con otras ramas del derecho**

Para facilitar el análisis que pretendemos hacer, es útil clasificar las relaciones entre las ramas del derecho en extrínsecas e intrínsecas. La relación extrínseca es la referencia a las reglas de derecho que corresponden a otras ramas y más precisamente, en relación con nuestra materia, la aplicación a casos de Derecho de la Navegación de normas y principios de otras ramas del derecho. La segunda, la relación intrínseca, es la incorporación de normas de otras ramas del derecho (civil, administrativo, laboral, internacional público, internacional privado, penal, procesal, etc) a la normativa propia del Derecho de la Navegación.

#### **3.1. Relación extrínseca directa**

Si iniciamos el análisis con la relación extrínseca, digamos que tiene dos modalidades, la directa y la supletoria. La relación extrínseca directa es la aplicación al Derecho de la Navegación de figuras, instituciones y soluciones del derecho común. Por ejemplo, se aplican al Derecho de la Navegación los

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho; Profesor Titular de Derecho de la Navegación y Codirector del Curso de Posgrado en Derecho de la Navegación, y Aeronáutico



# DECONOMI

elementos constitutivos de la responsabilidad civil contractual como el incumplimiento del deudor, la imputabilidad a título de dolo o culpa, el daño resarcible y la relación causal, entre muchas otras figuras. Pacto comisorio, cláusula penal, *exceptio non adimpleti contractus*, caso fortuito, teoría de la imprevisión, frustración del contrato son todos conceptos que nos brinda el derecho civil y que están presentes y se aplica en el ámbito del Derecho de la Navegación. Incluso, en algunos casos, la aplicación directa de normas de derecho común la dispone la propia ley. Así, por ejemplo, el art. 355 de la Ley de la Navegación dispone que el contrato de remolque-maniobra se rige por las disposiciones de la locación de servicios de derecho común, sin perjuicio de las limitaciones que a tal aplicación impone la propia norma <sup>2</sup>. También mencionemos la solución del artículo 593 de la Ley de la Navegación N° 20.094 que dispone que la venta judicial de un buque debe hacerse con las mismas formalidades que las establecidas para los inmuebles<sup>3</sup>. Esta norma establece la aplicación directa y no supletoria de normas de Derecho Procesal al Derecho de la Navegación - la venta judicial de un buque-. De igual manera el art. 304 de la Ley de la Navegación hace una remisión al derecho común al determinar que el conocimiento de embarque puede ser transferido con las formalidades y efectos que establece el derecho común para cada una de esas categorías de papeles de comercio sea a la orden, al portador o nominativos<sup>4</sup>.

### 3.2. Relación extrínseca supletoria

La relación extrínseca supletoria consiste en la aplicación de normas de otras ramas del derecho de manera justamente supletoria a las propias

---

<sup>2</sup> Artículo 355: Remolque-maniobra. ARTICULO 355 - El contrato de remolque-maniobra en virtud del cual la dirección de la operación esté a cargo del buque remolcado, se rige por las disposiciones de la locación de servicios de derecho común que sean aplicables, con las limitaciones impuestas por la naturaleza de la operación y la norma del artículo 1° de esta ley.

<sup>3</sup> Artículo 593: Normas aplicables. ARTICULO 593 - La venta judicial de un buque debe hacerse con las mismas formalidades que las establecidas para los inmuebles. Si se trata de un buque de bandera extranjera, debe hacerse saber al cónsul respectivo el auto que disponga la venta.

<sup>4</sup> ARTICULO 304 - Tanto el "conocimiento embarcado" como el "conocimiento para embarque" pueden ser a la orden, al portador o nominativos, y son transferibles con las formalidades y efectos que establece el derecho común para cada una de dichas categorías de papeles de comercio. El tenedor legítimo del conocimiento tiene derecho a disponer de la mercadería respectiva durante el viaje y a exigir su entrega en destino.



soluciones del Derecho de la Navegación y tiene, además, dos variantes, una de aplicación supletoria por remisión directa y otra por analogía.

### 3.2.1. Relación extrínseca supletoria directa

El artículo 152 de la Ley de la Navegación establece que en todo lo que no esté expresamente dispuesto en esa sección sobre contrato de construcción de buques se regirá por las normas relativas a la locación de obra del derecho civil<sup>5</sup>. También, según lo establece el art. 513 de la Ley de la Navegación, a la hipoteca naval se le aplican subsidiariamente las disposiciones del derecho común con la limitación que la propia norma dispone<sup>6</sup>. De similar forma, el artículo 516 de la Ley de la Navegación establece que las disposiciones procesales del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino serán aplicables a procedimientos de casos de Derecho de la Navegación en cuanto no estuvieren modificadas por la propia Ley de la Navegación. Estos artículos establecen de manera expresa la aplicación supletoria de normas de otras ramas del derecho, en este caso del Derecho Civil y del Derecho Procesal al Derecho de la Navegación.

### 3.2.2. Relación extrínseca supletoria analógica

Además, mencionemos la relación extrínseca supletoria analógica que surge del sistema interpretativo que disponen tanto el Código de la Navegación (art. 1) en Italia<sup>7</sup>, la Ley de Navegación Marítima (art. 2) en España<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> ARTICULO 152 - En todo lo que no esté expresamente dispuesto en esta Sección, el contrato de construcción de buques se rige por las normas relativas a la locación de obra del derecho común.

<sup>6</sup>ARTICULO 513 - Se aplican subsidiariamente a la hipoteca naval las disposiciones de derecho común que rigen la hipoteca, en cuanto no estén en contradicción con las de esta Sección.

<sup>7</sup> 1. Fonti del diritto della Navigazione. In materia di navigazione, marittima, interna ed aerea, si applicano il presente codice, le leggi, i regolamenti, le norme corporative e gli usi ad essa relativi. Ove machino disposizione del diritto della navigazione e non ve ne siano di applicabilli per analogía, si aplica el diritto civile.

<sup>8</sup> Artículo 2. Fuentes e interpretación.

1. La presente ley se aplicará en tanto no se oponga a lo dispuesto en los tratados internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea que regulen la misma materia.

De forma supletoria se estará a las leyes y reglamentos complementarios y a los usos y costumbres relativos a la navegación marítima. A falta de todo ello y en cuanto no se pudiere recurrir a la analogía se aplicará el Derecho común.





# DECONOMI

y la Ley de la Navegación (art. 1)<sup>9</sup> en Argentina por el cual, en caso de laguna normativa, antes de recurrir al derecho común, deben aplicarse analógicamente las normas del propio sistema del Derecho de la Navegación. Estos tres cuerpos normativos establecen que antes de recurrir al derecho común, deben aplicarse por analogía las normas del propio sistema jurídico especial del derecho de la navegación. De esta forma, se consagra la autonomía del Derecho de la Navegación, autonomía relativa en tanto y en cuanto cuando no haya normas del propio sistema de la navegación que puedan resultar aplicables y no podamos recurrir a la aplicación analógica de esas propias normas, recurriremos al derecho común. De esta forma la autonomía y la aplicación analógica de normas del propio sistema son un dique para la relación del Derecho de la Navegación con otras ramas del derecho, Derecho de la Navegación cuyas compuertas se abren cuando no habiendo norma para regir el caso, ninguna norma del Derecho de la Navegación pueda ser aplicable por analogía.

#### 4. Relación intrínseca

Como ya vimos, la relación intrínseca es la incorporación de normas de otras ramas del derecho (civil, administrativo, laboral, internacional público, internacional privado, penal, procesal, etc.) a la normativa propia del Derecho de la Navegación.

La relación intrínseca está vinculada con la clasificación de figuras típicas y particularistas.

Las figuras típicas son las que nacieron en el ámbito del Derecho de la Navegación y son la respuesta jurídica a las necesidades propias que impone la navegación, cuyo riesgo exige soluciones especiales. Ejemplos de instituciones típicas son la asistencia y salvamento, la avería gruesa y el capitán.

---

2. En todo caso, para la interpretación de las normas de esta ley se atenderá a la regulación contenida en los tratados internacionales vigentes en España y la conveniencia de promover la uniformidad en la regulación de las materias objeto de la misma.

<sup>9</sup> Artículo 1: Normas aplicables

ARTICULO 1º - Todas las relaciones jurídicas originadas en la navegación por agua se rigen por las normas de esta ley, por las de las leyes y reglamentos complementarios y por los usos y costumbres. A falta de disposiciones de derecho de la navegación, y en cuanto no se pudiere recurrir a la analogía, se aplicará el derecho común.



# DECONOMI

No hay en el derecho común figuras similares que tengan tal relieve e importancia y que pudieran ser consideradas antecedentes de las figuras típicas de nuestra materia.

De esa clasificación a propósito de la relación con otras ramas del derecho nos interesan centralmente las figuras particularistas es decir las instituciones, figuras y soluciones del derecho común que han sido tomadas por el Derecho de la Navegación y luego adaptadas por éste.

Efectivamente, un conjunto de hechos de la navegación y relaciones de la navegación son regidos por normas de neto carácter civil, comercial, administrativo, laboral, o derecho internacional privado, procesal u otros. Muchas de esas normas se encuentran en la propia Ley de la Navegación y es entonces allí donde encontramos la relación intrínseca entre el Derecho de la Navegación y esas otras ramas del derecho mencionadas en el párrafo anterior. La relación es intrínseca porque esas normas civiles, comerciales, administrativas, o de derecho internacional privado, o procesal están en el propio texto normativo del Derecho de la Navegación como es la Ley de la Navegación N° 20.094.

Como ejemplo de relaciones intrínsecas, mencionemos el sistema de responsabilidad del armador o naviero, sistema de responsabilidad que es el mismo sistema de responsabilidad vicaria o indirecta del derecho civil, pero con la nota distintiva que da entre otras la limitación de responsabilidad (artículo 175 de la Ley de la Navegación) y que se convierte así en un sistema particularista. El abordaje es un hecho ilícito del derecho civil, pero al cual el Derecho de la Navegación le brinda una impronta especial porque dispone un sistema de responsabilidad de naturaleza subjetiva (artículos. 358, 359 y 360 de la Ley de la Navegación) aun cuando podamos estar frente al hecho causado por el riesgo o vicio de una cosa como sería el buque. Pero, quizás, donde el particularismo se encuentra más acentuado sea en el régimen de privilegios que también es una adaptación de los privilegios del derecho común a las necesidades de la navegación. La adaptación más destacable es aquella por la cual, con la finalidad de incentivar el auxilio en el mar y de esta forma afianzar la seguridad de la navegación, el crédito del último servicio de asistencia y salvamento es preferido a todos los créditos anteriores en el tiempo (artículo 480 de la Ley de la Navegación). La finalidad de dar prioridad al último en el tiempo se justifica



# DECONOMI

porque el último asistente es el que ha salvado la garantía de todos los demás acreedores, último asistente que no habría concurrido a realizar los servicios de auxilio si no tuviera prioridad en el cobro, lo que además habría afectado no sólo la navegación, sino también a los demás acreedores que habrían perdido el asiento del privilegio.

Además, también de manera ejemplificativa, el Título II de la Ley de la Navegación, “De las normas administrativas”, contiene cinco capítulos destinados a regular justamente aspectos administrativos desde el registro hasta la habilitación del personal embarcado. En su Título V de la Ley de la Navegación incluye las normas de Derecho Internacional Privado cuyo Capítulo I dedica a los conflictos de leyes mientras que en el Capítulo II regula los conflictos de competencia. A su vez, la Ley de la Navegación incluye normas procesales en su Título IV y dividido en siete capítulos regula diversos procedimientos para el ejercicio de acciones del Derecho de la Navegación.

Ahora bien, nos preguntamos si esas normas de carácter administrativo, de derecho internacional privado o de derecho procesal, son parte del Derecho de la Navegación o si, por el contrario, integran otras ramas como el derecho administrativo, internacional privado o procesal a las que corresponden por sus características. La respuesta es que esas normas son Derecho de la Navegación.

Pero lo trascendente es que muchas instituciones del Derecho de la Navegación provienen de otras ramas del derecho y para satisfacer las necesidades de la navegación fueron incorporadas sistemáticamente siendo además adaptadas por el Derecho de la Navegación. Esta es la relación intrínseca.

## 5. Relación de exclusión

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación impactó en la relación entre el derecho civil y comercial, por un lado y los sistemas normativos especiales, como lo es el Derecho de la Navegación<sup>10</sup>. Este impacto quedó

---

<sup>10</sup> Ver Chami, Diego Esteban, Impacto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el Derecho de la Navegación, separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales



# DECONOMI

evidenciado en la presentación del nuevo Código donde se menciona que la relación entre un código y los microsistemas jurídicos (el Derecho de la Navegación lo es) es la del sol y los planteas, sol que ilumina cada uno de ellos y que los mantiene dentro del sistema (punto II Paradigmas y principios jurídicos). De esta forma se expresa la intensa relación entre especialmente el derecho civil y los microsistemas jurídicos como el Derecho de la Navegación. De esta forma se expresa la intensa relación entre especialmente el derecho civil y los microsistemas jurídicos como el Derecho de la Navegación. La relación se explicita y regula en los artículos 963 y 1709 donde se establece cuál es el orden de prelación entre las disposiciones de ese nuevo código y las de leyes especiales.

La prelación del art. 963 se refiere a cuestiones contractuales. El artículo 963 menciona cinco normas y establece niveles de prelación y consideramos que es clara la preminencia de las normas indisponibles de la ley especial<sup>11</sup>. Por su parte, el artículo 1709 establece la relación entre las normas de responsabilidad civil de Derecho de la Navegación con las normas de responsabilidad civil del Código Civil y Comercial, en ambos casos tanto contractual como extracontractual<sup>12</sup>. Aun cuando se advierte cierta inconsistencia entre los artículos 963 y 1709, del análisis de este último también cabe concluir que las normas indisponibles especiales, justamente por ser especiales, prevalecen sobre las normas indisponibles del nuevo código<sup>13</sup>.

---

de Buenos Aires, Instituto de Derecho Empresarial, Sección Derecho de la Navegación, La Ley, ps. 38/54, Buenos Aires, 2017.

<sup>11</sup> ARTICULO 963.- Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:  
a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código;  
b) normas particulares del contrato;  
c) normas supletorias de la ley especial;  
d) normas supletorias de este Código.

<sup>12</sup> ARTICULO 1709.- Prelación normativa. En los casos en que concurren las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:  
a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;  
b) la autonomía de la voluntad;  
c) las normas supletorias de la ley especial;  
d) las normas supletorias de este Código.

<sup>13</sup> Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Tomo VIII, arts. 1614 a 1881, Lorenzetti, Ricardo Luis, Director, p 292, Rubinzal -Culzoni Editores, Santa Fe, 2015.



Decimos que la relación que imponen los arts. 963 y 1709 es de exclusión porque determinan ordenes de prelación por los cuales, de aplicarse una norma, se excluye la otra. Cappagli menciona con énfasis que el nuevo Código Civil y Comercial no innova respecto del impacto de ese ordenamiento jurídico más allá de lo que lo hacían los anteriores Código Civil y Comercial<sup>14</sup>.

## 6. Relación con el Derecho Aeronáutico

La relación del Derecho de la Navegación más intensa es aquella que mantiene modernamente con el Derecho Aeronáutico. No puede discutirse a esta altura del avance del estudio en estas materias que sean dos ramas independientes del derecho. Podrán no gozar de autonomía didáctica y es posible que sean enseñadas en un mismo curso, pero eso no invalida su independencia ya consagrada.

La Escuela Napolitana del Derecho de la Navegación sostiene que el Derecho de la Navegación comprende tanto la navegación que se realiza en el agua como aquella que se lleva a cabo en el aire<sup>15</sup>. El más importante exponente de dicha Escuela, Antonio Scialoja sostenía que el Derecho de la Navegación acuática es un derecho general de la navegación para integrar las lagunas del Derecho Aeronáutico, disciplina ésta de carácter excepcional. La Escuela Napolitana consagró su criterio en el Código de la Navegación italiano de 1942, que regula tanto la navegación marítima como la aérea, pero tengamos en cuenta que lo hace separadamente. Así, en la Parte I regula la navegación marítima y en la Parte II la aérea. Al regularse los temas marítimos y aeronáuticos de manera separada se ha sostenido que la obra se ha vuelto contra sus autores.

Por su parte, fue Antonio Ambrosini<sup>16</sup>, otro jurista italiano, quien refutó la posición de Scialoja y de sus secuaces, como llamaba a los seguidores de Scialoja. Ambrosini afirmó en sustento de la autonomía entre el Derecho

---

<sup>14</sup> Cappagli, Alberto C, *Autonomía del Derecho de la Navegación y del Derecho Aeronáutico y el orden de prelación de normas*, separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Empresarial, Sección Derecho de la Navegación, La Ley, p. 34, Buenos Aires, 2017.

<sup>15</sup> Cfr. Maldonado, Jorge D. *“Existe un Derecho Aeronáutico Autónomo?”* p. 74, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1976.

<sup>16</sup> Cfr. AMBROSINI, Antonio, *Instituciones de derecho de la aviación*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1949, nro. 36, p. 85.



# DECONOMI

Aeronáutico y el Derecho de la Navegación que los puntos de contacto entre figuras e instituciones del derecho civil y del comercial no justifican abolir su independencia. Pero Scialoja también sostenía que el Derecho Aeronáutico se iría estructurando rápidamente sobre el antiguo tronco del Derecho de la Navegación para separarse tal vez pronto y tener vida independiente<sup>17</sup> y que la navegación aérea era tan solo una adaptación parcial de las instituciones del Derecho de la Navegación.

Vamos a intentar dar un paso más en el estudio de la vinculación de estas dos ramas del derecho uno de cuyos primeros aspectos es su gran paralelismo. Pero por razones de espacio, esto será para otro trabajo.

## 7. Choque de buques contra muelles

Un fallo de la Cámara Federal en lo Civil y Comercial, confirmado por la Corte Suprema, sostiene que la Ley de la Navegación no admite la responsabilidad objetiva<sup>18</sup>. Consecuentemente, en el caso de choque de un buque contra un muelle, para que prospere la acción es necesario probar la culpa del buque. No disentimos con esta solución, sino con su fundamento. Veamos.

Se ha afirmado que no cabe aplicar responsabilidad objetiva a los daños de un buque a un muelle, teniendo en cuenta la clara instauración en el

---

<sup>17</sup> Cfr. SCIALOJA, Antonio, *Sistema del derecho de la Navegación*, p. 13, Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cia. Editores, Buenos Aires, 1950.

<sup>18</sup> C. Nac. Fed., sala 3ª, 23/12/1986, "Sulfacid Saific v. Cap. y/o prop. y/o armadores buque 'Río Bravo' s/cobro de pesos", causa 4420, y Corte Sup., Fallos 311:1015. En ese precedente, la actora reclamó los daños causados por un buque a una instalación portuaria, un *dolphin*. La cámara arribó a la conclusión de que la causa debía resolverse aplicando los principios de la Ley de la Navegación y que, por consagrar ésta un sistema subjetivo, requería la prueba de la culpa del comando del buque. La falta de prueba de la culpa por parte de la actora provocó el rechazo de la demanda. El fallo fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que compartió los fundamentos dados por el procurador general de la Nación, quien en su dictamen sostuvo: "...Que no se advierte que las normas invocadas por la recurrente permitan inferir que se ha consagrado el principio de responsabilidad sin culpa del armador, es decir, una responsabilidad objetiva basada en la teoría del riesgo creado". En similar sentido se resolvió el caso del "Astrapatagonia II" que provocó daños al "Dolphin"; C. Nac. Fed., sala 3ª, 24/8/1994, "YPF Soc. del Estado v. Astra Capsa s/daños y perjuicios varios", causa 5097.



# DECONOMI

art. 174<sup>19</sup> del principio de responsabilidad subjetiva indirecta del armador por hechos del personal embarcado por daños a terceros durante la navegación<sup>20</sup>.

Adelantamos desde ahora que, según nuestra opinión, es posible aplicar disposiciones de responsabilidad objetiva en el ámbito del Derecho de la Navegación. Pero aclaremos que esto puede hacerse siempre con los límites y condiciones que imponen tanto las normas del Derecho de la Navegación que consagran una responsabilidad subjetiva, por un lado, como por las que impone la aplicación analógica de las leyes, reglamentos y usos y costumbres del Derecho de la Navegación que exige el art. 1 de la Ley de la Navegación, por el otro.

El art. 174 de la Ley de la Navegación no determina si la responsabilidad que establece el art. 174 es objetiva o subjetiva. La Ley de la Navegación no ha creado un sistema de responsabilidad genérico y único, ni subjetivo, ni objetivo que sea aplicable a todas las situaciones de responsabilidad contractual o extracontractual que pudieran presentarse. No hay tal sistema en la Ley de la Navegación, ni en el Derecho de la Navegación en general.

El art. 174 de la Ley de la Navegación determina que el armador “es responsable... por las indemnizaciones a favor de terceros a que haya dado lugar por “...*hecho* suyo o de los tripulantes”. La mención “hecho” del armador y de los dependientes podría llevar a pensar que el art. 174 en análisis hace responsable al armador por las *conductas* suyas -por los hechos- y las de sus dependientes, exclusivamente. Si el armador es responsable por sus hechos y los de sus dependientes, es decir por sus conductas, parecería, en principio, que ello excluye la responsabilidad causada con o por el riesgo o vicio de las cosas o por el riesgo de una determinada actividad y que la responsabilidad es

---

<sup>19</sup> Artículo 174 : Responsabilidad del armador.

ARTICULO 174 - El armador es responsable de las obligaciones contractuales contraídas por el capitán en todo lo relativo al buque y a la expedición, y por las indemnizaciones a favor de terceros a que haya dado lugar por hecho suyo o de los tripulantes. No responde en el caso de que el capitán haya tenido noticia o prestado su anuencia a hechos ilícitos cometidos en fraude de las leyes por los cargadores, salvo la responsabilidad personal de aquél.

<sup>20</sup> Cfr. ROMERO CARRANZA, Fernando, “Responsabilidad del propietario y armador del buque en el régimen legal de la navegación en la República Argentina”, en CHAMI, Diego E. (dir.), *Estudios de derecho marítimo en homenaje al doctor José Domingo Ray*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 379.



# DECONOMI

caracterizada como subjetiva y se excluye a la responsabilidad objetiva. No sería más que la aplicación del principio *inclusionis unius exclusionis alterius*.

Sin embargo, ello no es así. La referencia al hecho suyo o de los dependientes no significa que el armador sea responsable sólo por sus conductas y las de los dependientes, y no sea responsable por los hechos causados con o por las cosas. El sentido de la norma del art. 174 es establecer claramente la responsabilidad vicaria del armador por el hecho del capitán y de los tripulantes.

Por otra parte, la Ley de la Navegación no establece un sistema cerrado que no permita integrarlo con normas y sistemas de responsabilidad del derecho común que en caso de no existir norma aplicable por analogía permite recurrir al derecho común.

Entonces, debemos responder al interrogante de qué normas deben regir el choque de un buque contra un muelle teniendo en cuenta que no son un abordaje, hecho ilícito este último que requiere el choque de dos o más buques. La respuesta es que el choque de un buque contra un muelle debe ser regido por las normas de abordaje de responsabilidad subjetiva aplicables por analogía (art. 1 de la Ley de la Navegación), de igual manera que en el caso de choque contra una boya. Existiendo un sistema subjetivo aplicable al abordaje de manera directa o por analogía al choque de un buque contra un muelle, no es posible que esos casos estén regidos por un sistema que no sea aquel previsto expresamente para regirlos o que sea aplicable por analogía y pase a regirlos.

Sin embargo, si explotara la caldera de un buque causando heridas a un inspector a bordo o cuando un buque embica la costa y causa lesiones a quienes pernoctaban en una carpa en la orilla, o en cualquiera de los dos casos simplemente el hecho causa daños materiales, no se advierte obstáculo que impida aplicar a esos casos la responsabilidad objetiva por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas o de las actividades riesgosas o peligrosas que consagra el art. 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación. Por el contrario, ese artículo debe ser aplicado porque además esa aplicación parece justa y razonable porque evita la carga de la prueba de la culpa al damnificado por la explosión o por las lesiones sufridas por los acampantes. Esto es producto





# DECONOMI

además de esa relación extrínseca del Derecho de la Navegación con el Derecho Civil.

Asimismo, ciertas responsabilidades legisladas del Derecho de la Navegación, como la generada por el derrame de hidrocarburos en el agua<sup>21</sup> y la del explotador de buques de propulsión nuclear<sup>22</sup>, son responsabilidades objetivas. Incluso el régimen de responsabilidad en el transporte de pasajeros por agua<sup>23</sup>, es decir una responsabilidad eminentemente contractual ya consagra una responsabilidad objetiva en el ámbito internacional.

Además de estas consideraciones, existe otro argumento claro para admitir la aplicación del art. 1757 del Código Civil y Comercial al derecho de la navegación. Veamos.

El art. 177, último párrafo, de la Ley de la Navegación, establece que podrá oponerse la limitación de responsabilidad aun cuando la responsabilidad provenga de la propiedad, posesión, custodia o control del buque. La responsabilidad consecuente de la propiedad, posesión, custodia o control del buque no es otra que la responsabilidad objetiva que consagra el art. 1757 del Código Civil y Comercial respecto del propietario o guardián de una cosa riesgosa o viciosa. Consecuentemente, al preverse que en tales casos de responsabilidad objetiva podrá limitarse la responsabilidad, cabe concluir que la propia Ley de la Navegación no impide, sino que contempla como posibilidad, la aplicación de una responsabilidad objetiva basada en la propiedad, posesión, custodia o control del buque. De tal forma, el art. 177 nos da una respuesta clara según la cual el art. 1757 del Código Civil y Comercial que consagra una responsabilidad civil objetiva resulta aplicable al derecho de la navegación.

En su Exposición de Motivos, Malvagni recuerda que, en Francia, la condición del propietario-armador como guardián jurídico del buque fue invocada para negarle el beneficio de la limitación de responsabilidad, en fallos que — recuerda Malvagni— fueron muy criticados en su hora por la doctrina<sup>24</sup>. Se trató

---

<sup>16</sup> CLC 69.

<sup>22</sup> Convenio de Bruselas de 1962.

<sup>23</sup> Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas de 1974 sobre el transporte de pasajeros y equipajes por mar.

<sup>24</sup> Ver la Exposición de Motivos del Proyecto Malvagni, en RAY, José D., (dir. y notas), *Ley de la Navegación 20.094*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, nro. 81, p. 94.



# DECONOMI

de los casos de los buques “Lamoricière” y “Champolion”. El “Lamoricière” naufragó el 9/1/1942 cerca de las islas Baleares y la Corte de Casación francesa determinó que el armador era responsable en los términos del art. 1384 del Código Civil francés, similar a nuestro anterior art. 1113, y que por aplicarse la normativa civil, no correspondía amparar al armador en la limitación de responsabilidad del art. 216 del Código de Comercio francés<sup>25</sup>. Esta doctrina fue reiterada por la Corte de Apelaciones de París en el caso del buque “Champolion”<sup>26</sup> y, posteriormente, en el caso del buque “France”<sup>27</sup>. Esta jurisprudencia francesa que consagró una responsabilidad objetiva e ilimitada en los dos primeros estuvo inspirada en la necesidad de proteger a los reclamantes de créditos por muerte o lesiones corporales.

La norma del art. 177, último párrafo, de la Ley de la Navegación, cuya fuente es el art. 1º, párr. 3º, de la Convención de Bruselas de 1957, tuvo por finalidad contrarrestar la orientación jurisprudencial francesa, según la cual, como vimos en caso de responsabilidad objetiva, no resultaba posible limitar la responsabilidad.

Por lo tanto, si se prevé que aun cuando se funde la responsabilidad en la propiedad, posesión, custodia o control del buque, el armador podrá limitar su responsabilidad, esto significa que la responsabilidad en el Derecho de la Navegación puede ser fundada en la propiedad, posesión, custodia o control del buque. Y cabe preguntarse cómo se califica una responsabilidad que se funda en la propiedad, posesión, custodia o control del buque, sino como responsabilidad objetiva. No puede tratarse de una norma preventiva para el

---

<sup>25</sup> El art. 216 del Código de Comercio francés confería el derecho a limitar la responsabilidad siempre y cuando la responsabilidad del propietario derivara de su condición de empleador del capitán y de la tripulación. Como el art. 1834, párr. 1º, del Código Civil francés fue interpretado permitiendo imputar responsabilidad al propietario del buque en su calidad de guardián y no como empleador del capitán y tripulación, en caso de atribuirse responsabilidad como guardián del buque, el propietario no podía limitar su responsabilidad. Cfr. RODIÉRE, René, *Traité général de droit maritime*, Introduction L'Armement, Dalloz, Paris, 1976, nro. 475, p. 611.

<sup>26</sup> Ver RAY, José D., *Derecho de la navegación*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 372 y nota 16.

<sup>27</sup> En septiembre de 1974, los tripulantes del buque “France” irrumpieron en el puente y obligaron al capitán a fondear, interrumpiendo la navegación por el canal de Le Havre. Como consecuencia de ello, los buques que vieron impedida su navegación reclamaron contra el armador del “France”. Los tribunales franceses imputaron responsabilidad al armador de este buque en tanto guardián en los términos del art. 1384, párr. 1º, del Código Civil francés. Cfr. BONASSIES, Pierre - SCAPEL, Christian, *Traité de droit maritime*, Librairies générale de Droit et de Jurisprudence, EJA, Paris, 2006, nro. 377, p. 250.



# DECONOMI

caso en el cual en el futuro se estableciera legalmente una responsabilidad legal objetiva, sino de una previsión actual y concreta del legislador en el momento que dictó la norma, según la cual si hay responsabilidad que se funda en la propiedad etc del buque, esa responsabilidad será igualmente limitada.

Si se hubiera querido calificar a la responsabilidad del art. 174 como responsabilidad subjetiva, se lo habría hecho, y esa calificación no se encuentra en el texto del artículo. Más aún si la intención hubiera sido calificar a la responsabilidad como subjetiva y además impedir una responsabilidad objetiva genérica, se lo habría indicado expresamente. Tengamos en cuenta que cuando en 1973 se sanciona la Ley de la Navegación, ya se había consagrado la responsabilidad objetiva en el art. 1113 del Código Civil en virtud de la reforma introducida por la Ley 17.711.

Por otra parte, es muy interesante recordar que uno de los primeros precedentes de responsabilidad objetiva en la jurisprudencia fue justamente la explosión de la caldera de un remolcador<sup>28</sup>, caso en el cual se admitió la responsabilidad con base en lo previsto por el art. 1384 del Código Civil francés, similar a nuestro viejo art. 1113. Además, la doctrina francesa sostiene que, teniendo en cuenta los términos del art. 1384 del Código Civil francés, el armador podía ser condenado por los daños causados por su buque a terceros<sup>29</sup>.

Sin embargo, la aplicación del art. 1113 o ahora del art. 1757 del nuevo Código Civil y Comercial no deberá ser automática, ni indiscriminada, y no deberá aplicarse cuando a) haya un instituto que tenga una solución específica y distinta en la Ley de la Navegación, como el abordaje que adopta un sistema de responsabilidad subjetivo (arts. 358 y ss.) y que consecuentemente no admite que sea regido por una sistema objetivo y b) resulte aplicable por analogía una institución del propio Derecho de la Navegación, como por ejemplo, la colisión de un buque contra un muelle que, al

---

<sup>28</sup> Corte de Casación francesa, 16/6/1896, "Guissez, Cousin et Orielle v. Veuve Teffaine". La explosión de la caldera del remolcador "Marie" causó la muerte del maquinista Teffaine por un defecto de construcción. La Corte de Casación sostuvo que ello apareja la responsabilidad del propietario del remolcador, en los términos del art. 1384 del Código Civil francés, sin que pueda sustraerse de ella, acreditando una falta del constructor, ni el carácter oculto del vicio.

<sup>29</sup> Cfr. REMOND-GOUILLOUD, Martine, *Droit maritime*, 2ª ed., A. Pedone, Paris, 1993, nro. 385, p. 246. RODIÉRE, René, *Traité général de droit maritime*, Dalloz, Paris, 1976, introduction: "L'Armement", nro. 455, p. 587, y BONASSIES, Pierre - SCAPEL, Christian, *Traité de droit...*, cit., nro. 377, p. 250.



ser un hecho ilícito similar al abordaje, se regirá, en virtud de la mencionada aplicación analógica y en la medida que ésta fuera pertinente, por las normas del abordaje, propias del derecho de la navegación.

En conclusión, respecto de la colisión de un buque contra un muelle, la no aplicación de la responsabilidad objetiva genérica del art. 1757 del Código Civil y Comercial no es consecuencia de que lo veda el art. 174 de la Ley de la Navegación, sino que ello es así por aplicación analógica a dicha colisión de un buque contra un muelle, de las normas sobre abordaje, en virtud de lo dispuesto por el art. 1° de la Ley de la Navegación<sup>30</sup>. No compartimos, así, la posición que sostiene que al exigirse expresamente la colisión de dos o más buques para que haya abordaje, no cabe la aplicación analógica de sus normas, cuando no hay, al menos, dos buques<sup>31</sup>. Debemos tener en cuenta, para admitir tal aplicación analógica, que las propias normas sobre abordaje establecen su aplicabilidad a supuestos que no lo son. Así, por ejemplo, se aplican las normas de abordaje cuando no hay contacto material entre los buques, con lo cual, para aplicar las normas de abordaje, no siempre se exige que se reúnan todos los requisitos constitutivos de aquél<sup>32</sup>, lo que habilita aplicar sus normas por analogía, cuando el contacto, aun siendo material, lo es entre un buque y un muelle.

## 8. Conclusión

El Derecho de la Navegación se relaciona con otras ramas del derecho tanto de manera extrínseca -aplicación de normas y principios de otras ramas a los casos de Derecho de la Navegación- como de forma intrínseca -incorporación de normas de otras ramas del derecho (civil, administrativo, laboral, internacional público, internacional privado, penal, procesal, etc) a la normativa propia del Derecho de la Navegación.

La relación entre el Derecho de la Navegación y otras ramas del derecho, tanto intrínseca como extrínseca no obsta a que el Derecho de la

---

<sup>30</sup> Cfr. LÓPEZ SAAVEDRA, Hernán, "Colisión de buque contra elementos fijos o flotantes: quid de la aplicabilidad del art. 1113 del Código Civil", en RADOVICH, Jorge M. (dir.), *Problemas actuales de derecho de la navegación en la Argentina*, Quórum, Buenos Aires, 2004, p. 304.

<sup>31</sup> Cfr. ROMERO CARRANZA, Fernando, "Responsabilidad del propietario...", cit., p. 385.

<sup>32</sup> Cfr. art. 369 de la Ley de la Navegación.



# DECONOMI

Navegación brinda un tinte, una coloración y una nota especial a todas aquellas normas que, del gran tronco del derecho común, adopta para luego adaptar a las necesidades de la navegación.



***“El capital social repensado: el patrimonio neto mínimo (la nueva regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación y las reformas según leyes 26.994, anexo ii. 2 y 27.349 arts. 22 a 33)”***

por Ariel Ángel Dasso

**Sumario:**

Las nuevas formas societarias descartan la función de garantía del capital social mínimo y asignan tal función al patrimonio neto mínimo, superando el tradicional debate, cuya solución incide también directamente en la determinación de la medida y alcance de la responsabilidad de socios y administradores.

La Ley de Apoyo al Emprendedor 27.349 incorpora al elenco de agrupaciones societarias en su Título III *“La Sociedad por Acciones Simplificada”* (S.A.S.) respecto de la cual en materia de capital social mantiene el sistema del capital mínimo que en el caso *“no podrá ser inferior al importe equivalente a dos veces el Salario Mínimo Vital y Móvil”*, cuya reducidísima significación económica descarta la posibilidad de su consideración en orden a la *“función de garantía del capital social”*.

En el mismo orden pero todavía con mayor relevancia, (a pesar de no haber puesto en ello mayor atención la primera doctrina autoral) en el Título II *“Sistemas de Financiamiento Colectivo”* cuyo régimen especial tiene por objeto fomentar el financiamiento de la industria de capital emprendedor a través del mercado de capitales designa a la Comisión Nacional de Valores como autoridad de control, reglamentación, fiscalización y aplicación con las facultades otorgadas por la Ley 26.831 que será de aplicación al sistema (art. 22) .

La Ley SAS reforma en su art. 23 el art. 2 de la Ley 26.831 incorporando definiciones todas ellas referidas al *“Sistema de Financiamiento Colectivo”* siendo la primera de ellas la de *“Plataforma de Financiamiento Colectivo”* estableciendo que: *“son sociedades anónimas autorizadas reguladas, fiscalizadas y controladas por la Comisión Nacional de Valores...”*. Crea así un



# DECONOMI

nuevo subtipo de sociedad anónima cuya autorización, regulación, fiscalización y control es atribuida a un órgano administrativo, con facultades de reglamentación que este ha aplicado con criterio amplio en la Resolución General nº 717/17, en la que atribuye a la novedosa Sociedad Anónima “*Plataforma de Financiamiento Colectivo*” (P.F.C.) la regulación en la que elimina el sistema del “*capital social mínimo*” y en su lugar incorpora el “*patrimonio neto mínimo*”, modificación esta que en el ordenamiento societario significa un replanteo de la función de garantía de los acreedores, mejor logrado.

## I.- EL CAMBIO DE LOS PARADIGMAS EN EL DERECHO SOCIETARIO Y EN EL DERECHO CONCURSAL

1.- El llamado “*cambio de los paradigmas*” constituye un común denominador de las recientes evaluaciones doctrinarias que corresponden a la metamorfosis operada en los principios arraigados en el derecho societario y concursal.<sup>33</sup>

2.- Uno de los debates clásicos es el del concepto de “*capital social*”, particularmente el de “*capital social mínimo*” adoptado en la mayoría de los ordenamientos de las sociedades de capital, en particular aquellas que constituyen los tipos “*sociedad anónima*” o “*sociedad de responsabilidad limitada*”, caracterizadas por la separación e incomunicación de los patrimonio de la sociedad, respecto del de cada uno de los socios, o socio en el caso de la Sociedad Unipersonal –SAU–, atribuida de la función de garantía de los acreedores.

3.- Razones de método y espacio obligan a dar por entendido los conceptos diversos de capital social y patrimonio.

4.- El “*capital social*” (art. 186 LGS) es solamente una cifra permanente de la contabilidad que no necesita corresponder a un patrimonio efectivo, coincidiendo en su valor económico solamente al momento de constitución. Es un “*nomen iuris*” **intangibile y estático**, sólo modificable en más

---

<sup>33</sup> CRAGONA, DANTE “*Hacia un nuevo paradigma societario en el Derecho Argentino*” conferencia en el Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales:



# DECONOMI

o en menos con los complejos requisitos que deben ser cumplidos inexorablemente en la forma, condiciones, y reglas de mayoría o unanimidad en los casos establecidos por la ley. En cambio, el patrimonio es **tangible**, y por ello mensurable, y sustancialmente **dinámico**. Constituido por el conjunto de bienes materiales e inmateriales, activos y pasivos, derechos y obligaciones, eminentemente dinámico, mutable e imprevisible, con valor positivo en alza o en baja sin depender de regulación legal, pues las ganancias o pérdidas que lo incrementan o disminuyen resultan de las alternativas contingentes, del éxito o frustración de los negocios que constituyen su actividad.

5.- Las recientes reformas acontecidas en el derecho societario en nuestro país revelan que el legislador ha asumido el real alcance y significación de “*capital social mínimo*” establecido en la ley societaria.

6.- Y ello se advierte en distintos aspectos cuyo desarrollo y fundamentación trataremos de resumir con todo el riesgo de insuficiencia que implica el límite de la extensión.

1. El Código Civil y Comercial de la Nación incluye a la “*sociedad*” en el elenco enunciativo de la regulación legal aplicable a las personas jurídicas privadas (CCCN: art. 148 a.) y al exponer los atributos de la personalidad jurídica asigna nombre, domicilio, plazo ilimitado, objeto preciso y “*patrimonio*” (no capital).
2. Consecuentemente sustituye la causal de disolución de la sociedad focalizada en la “*pérdida del capital social*” (que la LGS reformada según ley 26.994, Anexo II.2, mantiene en el art. 94, inc. 5), por “*el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla*”, lo que bien puede considerarse equivalente a “*infrapatrimonialización*”, esto es carencia de patrimonio suficiente para la continuación de la actividad regular de la sociedad: CCCN art. 163, inc. i.





# DECONOMI

3. En la misma línea otra modificación al sistema del capital social mínimo se advierte, aunque la doctrina todavía no ha formulado una especial consideración hasta el momento, en la reciente Ley de S.A.S. 27.349, denominada “*De apoyo al capital emprendedor*” que, en el Anexo III crea un nuevo subtipo de sociedad anónima al que denomina “*Sociedad por Acciones Simplificada*” (S.A.S.) que exige un capital mínimo insignificante, no inferior a 2 (dos) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil (S.M.V.M.), lo que confirma la absoluta irrelevancia de su función de garantía.

7.- Pero la novedad de mayor importancia es la inclusión en el Título I de la ley 27.349, de dos capítulos preliminares, destinados a institutos de financiamiento de la S.A.S., uno de cuyos institutos es denominado “*Plataformas de Financiamiento Colectivo*” (P.F.C), en las que, por primera vez en nuestro derecho societario, desaparece el concepto del “*capital social mínimo*”, sustituido por “*patrimonio neto mínimo*” con lo que el acto de constitución del nuevo subtipo de SA, cumple en forma adecuada la función de garantía de los acreedores.

8.- La Ley S.A.S 27.349 denomina “*Instituciones de capital emprendedor*” a la “*persona jurídica, pública, privada o mixta o al fondo o fideicomiso –público, privado o mixto- constituido en el país con un único y exclusivo objeto: aportar recursos propios o de terceros a un conjunto de emprendimientos*” (art. 3.1)

9.- El **Título I** (del **Capítulo I**) está titulado “**Disposiciones Generales**” dedicado principalmente a las definiciones de los presupuestos subjetivos y objetivos a los cuales está aplicada la ley. Así define como “**Emprendimiento**” “*cualquier actividad con o sin fines de lucro desarrollada en la Republica Argentina por una persona jurídica nueva o cuya fecha de constitución no exceda los 7 años*” (art. 2.1).

10.- A su vez, dentro de esa categoría denomina “**Emprendimiento dinámico**” a una “*actividad productiva con fines de lucro cuyos emprendedores originales conserven el control político de la persona jurídica a través de los*



# DECONOMI

votos para formar la voluntad social, elegir la mayoría en el órgano de administración y adoptar decisiones de gestión”, el incumplimiento de cualquiera de dichas condiciones significa la pérdida de la categoría de emprendimiento” (art. 2.1, 2do párr.).

**11.-** Califica como “**Emprendedores**” a las “*personas humanas que inicien nuevos proyectos productivos en la República Argentina o desarrollen o ejecuten un emprendimiento*” (art. 2.2).

**12.-** Denomina “**Instituciones de capital emprendedor**” a la “*persona jurídica, fondo o fideicomiso, pública, privada, o mixta constituida en el país con el único y exclusivo objeto de aportar recursos propios o de terceros a un conjunto de emprendimientos*” se distingue si tuvieron o no fin de lucro (art. 3.1).

**13.-** Considera “**Inversores en capital emprendedor**” “a la persona jurídica, fondo o fideicomiso, público, privado o mixto **que invierta recursos propios o de terceros** en instituciones de capital emprendedor o la **persona humana** que aporte fondos propios a instituciones de capital emprendedor o que en forma directa realice aportes propios a emprendimientos” (art. 3.2).

**14.-** Las referidas “*Instituciones de capital emprendedor*” deberán registrarse en el “**Registro de Instituciones de capital emprendedor**” incluyendo los administradores, inversores en capital emprendedor, interesados en los beneficios de la ley, a cuyo cargo está informar al registro los compromisos, aportes, emprendimientos y sus condiciones sin perjuicio de **la inscripción en la Comisión Nacional de Valores toda vez que la actividad califique como oferta pública según ley 26.831 art. 2.**

**15.-** El **Capítulo II** del mismo **Título I** establece los **beneficios impositivos** a los aportes de inversión **en capital** a favor de los inversores en tanto podrán deducirse del **impuesto a las ganancias** conforme a los porcentajes que la reglamentación establecerá no más allá **del 75%** y el límite **del 10%** de la ganancia neta alcanzada por el impuesto del ejercicio. Cuando se trate de emprendimientos en zonas de **menor desarrollo** que defina la reglamentación la deducción podrá alcanzar hasta el **85%** de los aportes realizados (art. 7).



# DECONOMI

16.- El **Título II** bajo la denominación **“Sistemas de Financiamiento Colectivo”** instala el régimen especial de **promoción de fomento para la industria del capital emprendedor** a través **del mercado de capitales** para lo cual la C.N.V es la autoridad de control, reglamentación, fiscalización, con el sistema y facultades establecidas en la ley 26.831, (art. 22).

17.- La **“Plataforma de Financiamiento Colectivo”** (P.F.C.) tiene el tipo **sociedad anónima**, autorizada, regulada y controlada por la **C.N.V.**, debiendo inscribirse en el **Registro ad hoc**, con el objeto principal de **contactar**, de manera **profesional y solo por vía de portales web o análogos** a personas humanas o jurídicas **inversores** con personas humanas o jurídicas que soliciten financiación bajo las reglas de Emprendedores de Financiamiento Colectivo.

8.- Son responsables de la P.F.C. SA las personas humanas designadas por los accionistas para representarla ante la C.N.V.

19.- El **“Emprendedor de financiamiento colectivo”** es la **persona humana y/o jurídica** que **presenta un “Proyecto de financiamiento colectivo”** para obtener público inversor que permita el desarrollo de la entidad financiera por medio de una P.F.C. que solicita fondos del público inversor para crear o desarrollar un bien y/o servicio conforme la reglamentación de la C.N.V. (art. 23).

20.- El **sistema de financiamiento colectivo** refiere en forma **exclusiva a proyectos** presentados en una SA **P.F.C. autorizada por la C.N.V.** (art. 24).

## **II.- EL “PATRIMONIO NETO MINIMO” EN LUGAR DEL CAPITAL SOCIAL MINIMO DE LA LGS: RESOLUCION GENERAL nº 717 DE LA COMISION NACIONAL DE VALORES (CNV)**

21.- La C.N.V. en ejecución de la función delegada por el art. 22 de la Ley 27349 incorpora al texto ordenado el “Reglamento de P.F.C” que establece:

*“las SA autorizadas, reguladas y controladas por la C.N.V., inscriptas en el registro ad hoc, con el **objeto principal** de poner **en contacto**, de manera*



# DECONOMI

**profesional** y sólo por portales web o medios análogos a personas humanas y/o jurídicas como inversores a una pluralidad de personas humanas y/o jurídicas que solicitan financiación, en virtud de su condición de “Emprendedores de Financiación Colectiva”.

**22.-** La inscripción en el registro de C.N.V. exige sólo presentar como documentación el instrumento constitutivo de la S.A. inscripto en el Registro Público (I.G.J.) cuyo **objeto** social “debe **indicar con carácter principal entre sus actividades**”, poner en **contacto**, de manera **profesional** y por vía exclusiva de **portales web o análogos** a una pluralidad de personas humanas y/o jurídicas que actúan como inversores con personas humanas y/o jurídicas que solicitan financiación como “*Emprendedores de Financiamiento Colectivo*” (art. 4) en el registro público (I.G.J.).

**23.-** La sustitución del concepto de “*capital social mínimo*” por el de “*patrimonio neto mínimo*”, está determinado en la Res. General CNV 717/2017 que dictada en su condición de órgano de aplicación y control de las P.F.C. en su Sección IV, art. 1 establece que las P.F.C. son “**personas jurídicas constituidas como sociedades anónimas autorizadas por la C.N.V. e inscriptas en el registro creado a dicho efecto quedando sometidas al control de las sociedades anónimas registradas como P.F.C. desde su inscripción hasta la baja en dicho registro**”.

**24.-** Bajo el título de “**Patrimonio neto mínimo**” (no ya el capital social mínimo) establece que la P.F.C. deberá contar en forma **permanente** con \$ 250.000 (pesos doscientos cincuenta mil) que deberá surgir : a) de sus estados contables presentados a la C.N.V. con el acta de directorio que resuelve su aprobación, b) el informe del órgano de fiscalización y c) el dictamen de auditor con firma legalizada por el Consejo Profesional correspondiente, **que debe expedirse, particularmente, sobre la adecuación del patrimonio neto mínimo conforme las exigencias que impone la C.N.V.** Toda vez que de los estados contables anuales resultare un patrimonio neto inferior al valor neto mínimo (\$250.0000) la sociedad anónima P.F.C. deberá informarlo de inmediato a la C.N.V. incluyendo las medidas que adoptará para su recomposición dentro de los 10 (diez) días hábiles, vencidos los cuales deberá acreditar haber concretado la adecuación (art. 11 y cc.). Aquí podemos advertir que el precio de



# DECONOMI

la legislación que satisface las condiciones de la doctrina, que atribuye al capital social la función de garantía de los acreedores exige la permanencia de un “*patrimonio neto mínimo*” esto es, de un activo siempre superior al pasivo, anualmente recompuesto en forma que la actualización del patrimonio tenga la entidad real económica suficiente para cumplir la función de garantía.

**25.-** La nueva estructura de la P.F.C S.A., supera, claro está, la fundada crítica doctrinaria que niega función de garantía al “*capital social mínimo*”, y adquiere entidad con la de “*patrimonio neto mínimo*” y la particular exigencia de su adecuación toda vez que de los estados contables anuales surgiera **un patrimonio neto inferior al mínimo** establecido, imponiendo a la sociedad su recomposición a corto plazo. El novedoso sistema constituye un avance que significa evitar las consecuencias negativas que se siguen de la doctrina de la infracapitalización, basada en la pérdida, o disminución del capital social y ubicar la función de garantía en el sistema de la suficiencia permanente o constante del “*patrimonio neto mínimo*”, en cuya regulación es inmanente y sustancial la exigencia de su “adecuación” (*rectius*. recomposición) toda vez que en razón de las pérdidas el *patrimonio neto* se ubique por debajo de su mínimo legal (en el caso \$250.000).

**26.-** El “*patrimonio neto social mínimo*” a valor real constante y **actualizado anualmente** asume haber dado a la estructura de la P. F.C SA consistencia a la antes inexistente garantía de los acreedores que, en forma incongruente, todavía mantiene vigente la ley societaria, denominada ahora *Ley General de Sociedades*, en la que perdura intacto el art. 94 inciso 5 que establece como causal de disolución “*la pérdida del capital social*”.

**27.-** Si del dialogo de fuentes se trata aún contradiciendo la interpretación determinada por el mismo Código Civil y Comercial de la Nación esto es, prioridad de la ley especial respecto de la ley general, habría de conceptuarse, en mérito a la correcta doctrina del capital, la misma sustitución que en adecuados términos realiza el CCCN en el art. 163 inc. i).

**28.-** El sistema del “*patrimonio neto mínimo*”, actualizado anualmente es el fruto de largos años, demasiado tiempo, de repensar el “*capital social*”, tema central del derecho societario, en el que citamos la investigación del



# DECONOMI

Profesor Miguel Araya, constituye el cierre de la doctrina de la “*infracapitalización*” de la cual sus epígonos extraen la supuesta obligación del socio accionista o cuotista de la sociedad de capital esta constreñido legalmente a reconstituir el capital social en caso de pérdidas o insuficiencia patrimonial, excepcionando así la regla basal de la sociedad de capital (S.A. y S.R.L.) que establece la responsabilidad limitada del accionista o cuotista, al monto nominal de su aporte de capital fundacional, vulnerando así el principio sustancial de dichos tipos, que constituye la mayoría absoluta electa por los operadores en el mundo negocial.

**29.-** El desarrollo anterior constituye el test que permite concluir que el *capital social mínimo* impuesto literalmente en la ley societaria (hoy Ley General de Sociedades) tiene relevancia exclusiva y excluyente *ad intra*, esto es organizativa en tanto que la función de garantía frente a terceros esta constituida exclusivamente por el patrimonio de la sociedad tal como lo determina el CCCN en los arts. 242, 743, 505 y cc..



## ***“Las fintech frente al derecho bancario y el sistema nacional de pagos. Un rompecabezas para armar”***

por Eduardo N. Farinati

### **SUMARIO**

I.- Marco Normativo. I.A) Concepto, tipos y facultades de las entidades financieras. I.B) Autoridad de aplicación.

II.- El Sistema Nacional de Pagos. II.A) Las infraestructuras de mercado financiero y los sistemas de pago. II.B) El Medio Electrónico de Pagos.

III.- La supervisión del BCRA sobre entidades no financieras. III.A) Entidades comprendidas. El universo fintech. III.B) La aplicación del régimen especial para los contratos bancarios previsto en el CCCN. III.C) Fintech alcanzadas por la reglamentación del BCRA. 1) Proveedores de Servicios de Pago. 2) Proveedores no financieros de crédito. 3) Proveedores de servicios de crédito entre particulares a través de plataformas.

IV.- Participantes en el sistema Nacional de pagos.

### **I.- MARCO NORMATIVO**

#### **I.A) Concepto, tipos y facultades de las entidades financieras**

Conforme establece el artículo 1ro. de la Ley de Entidades Financieras nro. 21.526 (LEF), las entidades financieras son “las personas o entidades privadas o públicas –oficiales o mixtas- de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y demanda de recursos financiero”.

El artículo 2do. de la LEF distingue 6 clases de entidades:

- Bancos comerciales.
- Banco de inversión.
- Bancos hipotecarios.
- Compañías financieras.



# DECONOMI

- Sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles.
- Cajas de crédito.

De las 6 clases antes mencionadas solo los bancos comerciales pueden realizar todas las operaciones activas, pasivas y de servicios que no le sean prohibidas por la ley o por las normas que con sentido objetivo dicte el Banco Central de la República Argentina (art. 21 LEF).

Las demás entidades solo podrán realizar algunas operaciones: Las expresamente autorizadas por la LEF (arts. 22, 23, 24, 25 y 26). A este grupo de entidades se las llama banca especializada.

Asimismo, es de tener presente que corresponde al Banco Central de la República Argentina (BCRA) otorgar la autorización y las condiciones para funcionar de las entidades financieras, conforme disponen los arts. 7 a 18 de la LEF<sup>34</sup>. Corroborado por lo dispuesto en el art. 14 inc. ñ de la Carta Orgánica del BCRA, donde se establece como atribución del Directorio “autorizar la apertura de nuevas entidades financieras o cambiarias y la de filiales o sucursales de entidades financieras extranjeras”.

Al respecto y conforme dispone el artículo 38 de la LEF, en caso que se compruebe que personas no autorizadas realizan operaciones de intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros el BCRA estará facultado para: a) Disponer el cese inmediato y definitivo de la actividad y b) Aplicar las sanciones previstas en el artículo 41. A ello se suma la aplicación de lo dispuesto por el artículo 310 del Código Penal por realizar actividades de intermediación financiera sin autorización emitida por la autoridad de supervisión competente.

## **I.B) Autoridad de aplicación**

La autoridad de aplicación del sistema cambiario y bancario es el Banco Central de la República Argentina (BCRA) y sus facultades surgen de la

---

<sup>34</sup> Los artículos de la LEF se complementan con los siguientes textos ordenados del BCRA: “Autorización y composición del capital de entidades financieras”, “Servicios complementarios de la actividad financiera y actividades permitidas” y “Expansión de entidades financieras”.





# DECONOMI

Ley de Entidades Financiera nro. 21.526 (LEF) y la Carta Orgánica del BCRA Ley nro. 24.144.

El artículo 4to. de la LEF dispone que el BCRA “tendrá a su cargo la aplicación de la presente ley, con todas las facultades que ella y su Carta Orgánica le acuerdan. Dictará las normas reglamentarias que fueren menester para su cumplimiento, a cuyo efecto deberá establecer regulaciones y exigencias diferenciadas que ponderen la clase y naturaleza jurídica de las entidades, la cantidad y ubicación de sus casas, el volumen operativo y las características económicas y sociales de los sectores atendidos, dictando normas específicas para las cajas de crédito. Ejercerá también la fiscalización de las entidades en ella comprendidas”.

Asimismo en el artículo 3ro. de la misma ley establece “Las disposiciones de la presente ley podrán aplicarse a personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en ella, cuando a juicio del Banco Central de la República Argentina lo aconsejen el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia” (el subrayado es nuestro).

Por su parte, la Carta Orgánica del BCRA determina en su artículo 4to. incs. b) y g): “Son funciones y facultades del banco: ... b) Regular la cantidad de dinero y las tasas de interés y regular y orientar el crédito;... g) Regular, en la medida de sus facultades, los sistemas de pago, las cámaras liquidadoras y compensadoras, las remesadoras de fondos y las empresas transportadoras de caudales, así como toda otra actividad que guarde relación con la actividad financiera y cambiaria;”

Asimismo, en el artículo 14 incs. j), s) y v) de la Carta Orgánica, dispone que el Directorio del BCRA tendrá por atribuciones: “j) Reglamentar la creación y funcionamiento de cámaras compensadoras de cheques y de otros valores que organicen las entidades financieras; ... s) Dictar normas aplicables a las actividades mencionadas en el inciso g) del artículo 4º;... v) Declarar la extensión de la aplicación de la Ley de Entidades Financieras a personas no comprendidas en ella cuando así lo aconsejen el volumen de sus operaciones o razones de política monetaria, cambiaria o crediticia;



## II.- EL SISTEMA NACIONAL DE PAGOS

### II.A) Las infraestructuras de mercado financiero y los sistemas de pago

Las infraestructuras de mercado financiero (IMF) consisten en “un sistema<sup>35</sup> multilateral que reúne a las instituciones participantes, incluido el operador del sistema utilizado, con la finalidad de compensar, y liquidar pagos y valores. Puede ser administrada por el Banco Central de la República Argentina (BCRA) o por el sector privado”<sup>36</sup>.

Las IMF comprenden 5 tipos principales: a) los sistemas de pago (SP), b) los depósitos centrales de valores (DCV), c) los sistemas de liquidación de valores (SLV), d) las entidades de contrapartida centrales (ECC) y e) los registros de operaciones (RO)<sup>37</sup>.

Los sistemas de pago son, básicamente, el “conjunto de instrumentos, procedimientos y reglas para la transferencia de fondos entre dos o más participantes; el sistema comprende a los participantes y a la entidad que gestiona el mecanismo. Los sistemas de pago suelen basarse en un acuerdo entre dos o más participantes y el operador del mecanismo, y la transferencia de fondos se efectúa por medio de una infraestructura operativa convenida.”<sup>38</sup>

El BCRA, con sustento en las normas indicadas en el punto I.- Marco Normativo<sup>39</sup>, regula y administra el Sistema de Pagos (SP), describiéndolo como aquel que “... está conformado por instrumentos, procedimientos y métodos de transferencias de fondos cuyo propósito es garantizar la circulación de dinero entre los participantes del sistema bancario, financiero y otros organismos participantes.

---

<sup>35</sup> Un sistema es un conjunto de elementos relacionados y con un fin común.

<sup>36</sup> BCRA, Texto Ordenado sobre “Principios para las infraestructuras del Mercado Financiero”, punto 1.1.1.

<sup>37</sup> Conf. Comité de sistemas de Pago y Liquidación, Banco de Pagos Internacionales (BIS), “Principios aplicables a las infraestructuras del mercado financiero”, año 2012, punto 1.9.

<sup>38</sup> Comité de sistemas de Pago y Liquidación, Banco de Pagos Internacionales (BIS), “Principios aplicables a las infraestructuras del mercado financiero”, año 2012, punto 1.10.

<sup>39</sup> Junto con las facultades genéricas que surgen de la LEF y la Carta Orgánica, deben tenerse presente la Ley de Cheques, la de Tarjetas de Crédito y el Decreto Ley 5965/62 sobre letra de cambio y pagaré.



# DECONOMI

El Sistema Nacional de Pagos (SNP) comprende, junto con los instrumentos de pago regulados por el BCRA, “las infraestructuras mercado financiero y los esquemas de pago necesarios para su funcionamiento. Esta definición abarca tanto a los pagos minoristas que incluyen las transferencias de fondos o pagos de alto y bajo valor, como a los pagos mayoristas de entidades financieras entre sí y con el BCRA” <sup>40</sup>

## Infraestructuras del mercado financiero sistémicamente importantes<sup>41</sup>:

Dentro del SNP, las IMF declaradas por el BCRA como sistémicamente importantes, a través de la Comunicación B 11056 del 22/7/2015, son:

- Medio Electrónico de Pagos (MEP)
- Cámara de Alto Valor, también llamada cámara de compensación de valores de entidades financieras. Se encuentra a cargo de Interbanking.
- Cámara de Bajo Valor, donde se procesan y compensan en forma electrónica los pagos de bajo valor. Se encuentra cargo de la Cámara Compensadora Electrónica S.A. (COELSA).
- Redes de Cajeros Automáticos. Los operadores son Link y Banelco.
- Central de Registro y Liquidación de Instrumentos de Endeudamiento Público (CRYL)

Asimismo, a través de la Comunicación A 6904 del 2020 el BCRA incorporó a la nómina de IMF sistémicamente importantes a: la Caja de Valores S.A. (CVSA), Argentina Clearing S.A. (ACSA) y al Mercado Argentino de Valores S.A. (MAV); autorizándolas a realizar las funciones de Gestor de cheques generados por medios electrónicos (ECHEQ) y a conectarse, a esos fines, al

---

<sup>40</sup> BCRA, Texto Ordenado sobre “Proveedores de Servicios de Pago”, punto. 1.1.3.

<sup>41</sup> En el Texto Ordenado del BCRA sobre “Principios para las Infraestructuras del Mercado Financiero”, se determinan en el punto 2.1 los criterios para determinar sistemas de pago de importancia sistémica.



# DECONOMI

Sistema de Almacenamiento de ECHEQ, administrado por la Cámara Electrónica de Compensación de bajo valor (COELSA).

## **II.B) El Medio Electrónico de Pagos**

En nuestro país, el sistema de pagos se encuentra estructurado a través del [Medio Electrónico de Pagos \(MEP\)](#), administrado por este Banco Central. En él se canalizan las operaciones del mercado interbancario y de política monetaria.”<sup>42</sup>.

El MEP permite realizar transferencias de fondos entre las entidades participantes a lo largo de un ciclo operacional determinado, utilizando las cuentas que tienen abiertas en el BCRA<sup>43</sup>

Es la única vía para la liquidación de saldos emergentes de la compensación electrónica de fondos como resultante de la interrelación entre las entidades y las Cámaras Electrónicas de Compensación<sup>44</sup>.

Consiste en un sistema de liquidación bruta en tiempo real o por sus siglas LBTR (en inglés *Real Time Gross Settlement* o sus siglas RTGS) de propiedad y operado por el BCRA donde las transacciones electrónicas se liquidan de inmediato (en forma continua, sin períodos de espera), en forma irrevocable e individualmente, sin agruparse.

El LBTR, al asegurar la liquidación inmediata e irrevocable, reduce al máximo el riesgo sistémico, pues el banco receptor de los fondos sabe que han sido liquidados de manera definitiva, pudiendo en consecuencia disponer de los mismos o acreditarlos inmediatamente a favor del cliente beneficiario, sin el riesgo de no contar con ellos a posteriori.

El origen del sistema actual lo podemos encontrar en la Comunicación A 2534 del 5 de mayo de 1997, por la que se aprobaron las normas vinculadas con el Sistema de Pagos. En esta Comunicación se estableció que las entidades

---

<sup>42</sup> BCRA, [http://www.bkra.gov.ar/MediosPago/Sistemas\\_de\\_Pago1.asp](http://www.bkra.gov.ar/MediosPago/Sistemas_de_Pago1.asp)

<sup>43</sup> Conf Texto Ordenado sobre “Sistema Nacional de Pagos – Medio Electrónico de Pagos (MEP)”, punto 1.1.

<sup>44</sup> Conf Texto Ordenado sobre “Sistema Nacional de Pagos – Medio Electrónico de Pagos (MEP)”, punto 1.1.



# DECONOMI

financieras que se adhirieran podrían efectuar transacciones bilaterales a través del SP, con imputación en sus cuentas abiertas en el BCRA. Para acceder al mecanismo indicado, las entidades deberían suscribir con el BCRA el convenio de adhesión mutua para la transferencia de fondos mediante la utilización del medio electrónico de pagos (MEP) disponible en la red informática del SP.

Participan actualmente en el MEP:

1) Bancos.

2) Cámaras Compensadoras Electrónicas Privadas (CEC): cámaras electrónicas de compensación de bajo valor, cámaras electrónicas de compensación de alto valor y plazos de compensación.

3) Casas de cambio.

4) Otros organismos como el Mercado de Valores de Buenos Aires SA (MERVAL), la Administración Nacional de Seguridad Social y el Correo<sup>45</sup>.

Conforme se describe en el sitio del BCRA, las entidades financieras y demás organismos habilitados, mantienen cuentas corrientes en el MEP para efectuar transacciones entre los participantes del SP y, promediando el ciclo operativo, el MEP liquida los saldos netos de compensación.

Dentro del sistema de pagos, el BCRA concentra principalmente las transferencias interbancarias de fondos en tiempo real a través del MEP y las cámaras compensadoras electrónicas procesan especialmente cheques, transferencias, débitos directos y los saldos resultantes de redes de cajeros automáticos y tarjetas de crédito.

La liquidación de las cámaras compensadoras se ejecuta vía el MEP a través de sus cuentas corrientes en el BCRA. Para ello, previamente los bancos con saldos deudores transfieren fondos a las cuentas de las cámaras y éstas, a su vez, transfieren los fondos a los bancos con posiciones netas acreedoras<sup>46</sup>.

De acuerdo con lo indicado, el esquema sería el siguiente:

---

<sup>45</sup> BCRA, [http://www.bcra.gov.ar/MediosPago/Sistemas\\_de\\_Pago1.asp](http://www.bcra.gov.ar/MediosPago/Sistemas_de_Pago1.asp)

<sup>46</sup> Conf. BCRA, [http://www.bcra.gov.ar/MediosPago/Sistemas\\_de\\_Pago1.asp](http://www.bcra.gov.ar/MediosPago/Sistemas_de_Pago1.asp)



# DECONOMI



### III.- LA SUPERVISIÓN DEL BCRA SOBRE ENTIDADES NO FINANCIERAS

#### III.A) Entidades comprendidas. El universo fintech

Además de las facultades de reglamentación, supervisión y sanción sobre las entidades financieras, el BCRA tiene facultadas similares sobre otras entidades no comprendidas expresamente en la LEF.

Así, en materia de tarjetas de crédito, el BCRA es autoridad de aplicación en todas las cuestiones que versen sobre aspectos financieros y determina la tasa de interés compensatorio a aplicar en el caso de las empresas emisoras no financieras de tarjetas de crédito o compra (arts. 50 inc. a y 16 de la Ley 25.065, respectivamente).

También reglamenta, supervisa y sanciona a las casas, agencias y oficinas de cambio (Ley 18.924)<sup>47</sup>, la actuación de las cámaras compensadoras de crédito, las transportadoras de valores, las sociedades de garantía recíproca

<sup>47</sup> Complementado por el Texto Ordenado del BCRA sobre "Operadores de cambio".



# DECONOMI

(art. 80 Ley 24.467) y los fideicomisos financieros cuando, entre los activos fideicomitados, se encuentren créditos originados por entidades financieras.

En los últimos tiempos, el BCRA ha incorporado, con fundamento en los artículos 3ro. de la LEF, 4to y 14 de la Carta Orgánica -antes mencionados- a otras entidades que usualmente se las identifica bajo el nombre de FINTECH.

El término fintech “deriva de las palabras “*finance technology*” y se utiliza para denominar a las empresas que ofrecen productos y servicios financieros, haciendo uso de tecnologías de la información y comunicación, como páginas de internet, redes sociales y aplicaciones para celulares”<sup>48</sup>.

El universo fintech abarca diversas actividades, entre las que se encuentran los servicios de pago o el otorgamiento de créditos. Aunque, en términos generales, estas empresas se diferencian de las entidades financieras porque no realizan intermediación habitual entre oferta y demanda de recursos financieros.

El BCRA ha reglamentado varias de las actividades realizadas por las fintech a través de textos ordenados. En todos estos casos, se dispuso la creación de un registro por actividad que lleva el BCRA y donde deben anotarse las fintech para poder operar dentro del marco de la actividad reglamentada.

Asimismo, la reglamentación de la actividad de estas empresas por el BCRA importa la aplicación de las disposiciones de la Carta Orgánica sobre supervisión de entidades financieras a través de la Superintendencia de Entidades Financieras y de la LEF, incluido el régimen de sanciones establecido por sus artículos 41 y 42.

### **III.B) La aplicación del régimen especial para los contratos bancarios previsto en el CCCN.**

---

<sup>48</sup> Fuente Diccionario financiero del BCRA, [http://www.bcra.gov.ar/BCRAyVos/diccionario\\_financiero\\_tabla\\_F.asp](http://www.bcra.gov.ar/BCRAyVos/diccionario_financiero_tabla_F.asp)



# DECONOMI

También, conforme lo dispuesto por el artículo 1378 del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>49</sup> (CCCN), les será aplicable el régimen especial para los contratos bancarios previsto en dicho Código.

La aplicación extensiva de las normas sobre contratos bancarios importa un cambio sustancial frente a las normas generales. Así por ejemplo, la forma de calcular la tasa de interés en caso de no estar determinada en el contrato de préstamo (art. 1381CCCN) o la información en los contratos de crédito con consumidores bancarios (art. 1389 CCCN).

A ello, debería sumarse la aplicación del Texto Ordenado sobre “Protección de los usuarios de servicios financieros” del BCRA.

Sin duda en estos aspectos queda mucho camino por recorrer.

### **III.C) Fintech alcanzadas por la reglamentación del BCRA**

#### **1) Proveedores de Servicios de Pago.**

##### 1.a) Concepto

Los Proveedores de Servicios de Pago (PSP) son fintech que realizan el procesamiento de pagos electrónicos, con la capacidad de transferir y recibir dinero, abonar servicios, y realizar compras en comercios o a través de páginas web.

El BCRA los ha definido como “las personas jurídicas que, sin ser entidades financieras, cumplan al menos una función dentro de un esquema de pago minorista, en el marco global del Sistema Nacional de Pagos”<sup>50</sup>.

La regulación por el BCRA de los PSP tiene por objeto “establecer las mismas reglas para las personas jurídicas que, sin ser entidades financieras,

---

<sup>49</sup> El art. 1378 del CCCN dispone: “Las disposiciones relativas a los contratos bancarios previstas en este Capítulo se aplican a los celebrados con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras, y con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en esa legislación cuando el Banco Central de la República Argentina disponga que dicha normativa les es aplicable”.

<sup>50</sup> BCRA, Texto Ordenado sobre “Proveedores de Servicios de Pago”, punto. 1.2.1. El subrayado es nuestro.





# DECONOMI

cumplan una misma función en la provisión de servicios de pago<sup>51</sup> y por lo tanto compitan dentro del mismo mercado con las entidades financieras.

Es decir, con sustento en un enfoque funcional, el objeto es que las entidades financieras y las fintech observen las mismas reglas juego para funciones iguales.

Los esquemas de pago, que son el ámbito de actuación de los PSP, “son el conjunto de reglas operativas, técnicas y comerciales que hacen posible la implementación del estándar general definido para cada instrumento de pago cuando intervienen al menos tres partes: un ordenante, un receptor, y uno o más entidades financieras o PSP”<sup>52</sup>.

Un esquema de pago minorista, por oposición al mayorista, es aquel que no incluye los pagos de entidades financieras entre si y con el BCRA<sup>53</sup>.

Las funciones de los PSP, dentro de un esquema de pago, pueden ser:

a) Provisión de cuentas de pago para la realización de débitos y créditos.

A quienes prestan el servicio se los denomina proveedores de servicios de pagos que ofrecen cuentas de pago a sus clientes (PSPOCP). El total de PSPOCP registrados en el BCRA al 11/1/22 es de 108. Entre ellos encontramos a entidades como Mercado Pago, Ualá, Naranja X , Moni Online, Yacaré, y Rapipago.

b) Administración del esquema de pago: Establecer sus reglas operativas, técnicas y comerciales y velar por su cumplimiento, estableciendo relaciones contractuales con cada uno de los participantes.

c) Mantener una relación contractual con los clientes receptores de los pagos y asegurar que las operaciones se inicien y/o acrediten de acuerdo

---

<sup>51</sup> BCRA, Texto Ordenado sobre “Proveedores de Servicios de Pago”, punto. 1.1.1.

<sup>52</sup> BCRA, Texto Ordenado sobre “Proveedores de Servicios de Pago”, punto. 1.1.5.

<sup>53</sup> Conf. BCRA, TO “Sistema Nacional de Pagos – Transferencias – Normas complementarias”, punto 1.2.2.1.



# DECONOMI

con las reglas del esquema y puedan ser confirmadas y/o conciliadas, cobrando comisiones por estos servicios y expandiendo la red de aceptación<sup>54</sup>.

## 1.b) Administración de los fondos de los clientes:

En el Texto Ordenado se establece:

2.2.1. “Los fondos de los clientes acreditados en cuentas de pago ofrecidas por PSPOCP deberán encontrarse, en todo momento, disponibles – con carácter inmediato ante su requerimiento por parte del cliente– por un monto al menos equivalente al que fue acreditado en la cuenta de pago. A tal efecto, los sistemas implementados por el PSPOCP deberán poder identificar e individualizar los fondos de cada cliente.

2.2.2. El 100% de los fondos de los clientes deberá encontrarse depositado –en todo momento– en cuentas a la vista en pesos en entidades financieras del país. Sin perjuicio de ello, ante solicitud expresa del cliente, los saldos acreditados en cuentas de pago podrán ser transferidos para su aplicación a la realización de operaciones con “fondos comunes de dinero” en el país, debiéndose debitar la cuenta de pago. En este último caso, se requerirá que los saldos invertidos sean informados de manera separada del resto”<sup>55</sup>.

Como consecuencia de los puntos citados, el cliente podrá tener hasta 2 saldos de cuenta:

- a) Lo que tiene disponible: registrado en una cuenta de pago, que es de carácter transaccional.
- b) Lo que está invertido: registrado en una cuenta de inversión. Este último importe no estará disponible en forma inmediata.

A través de las sumas que ingresan los clientes mediante distintos métodos de cash-in o carga (transferencias bancarias o depósitos en efectivo, por ejemplo) a una cuenta recaudadora de titularidad del PSPOCP.

---

<sup>54</sup> Conf. BCRA, Texto Ordenado sobre “Proveedores de Servicios de Pago”, puntos. 1.4.1/1.4.2/1.4.3.

<sup>55</sup> BCRA, Texto Ordenado sobre “Proveedores de Servicios de Pago”, puntos 2.2.1 y 2.2.2/2.2.3. El subrayado es nuestro.



# DECONOMI

De esta manera, se genera una disponibilidad constante del dinero que, mediante una asignación contable interna, se atribuyen a las cuentas virtuales de cada uno de sus clientes que se encuentran individualizadas mediante claves virtuales uniformes (CVU).

La CVU fue creada por BCRA en el año 2018 para aumentar la interoperabilidad (comunicación) de cuentas bancarias con cuentas no bancarias, al mismo tiempo que se facilita la identificación y trazabilidad de las transferencias de fondos entre cuentas a la vista cuando una de ellas pertenezca a una empresa proveedora de servicios de pago.

Los fondos recibidos por los clientes e ingresados a la cuenta recaudadora deben depositarse en una cuenta a la vista en pesos a nombre de la PSPOCP en entidades financieras del país con el objeto de utilizarlos para ordenar o recibir pagos y para aplicarlos a una cuenta de inversión, según instruya el cliente. El depósito en una entidad financiera evita que la PSPOCP disponga de los fondos para sí o para prestarlos.

“2.2.3. Para la realización de transacciones por cuenta propia (pago de proveedores, pago de sueldos, etc.), los PSPOCP deberán utilizar una cuenta a la vista “operativa” (de libre disponibilidad) distinta a la cuenta donde se encuentren depositados los fondos de los clientes”<sup>56</sup>.

## 1.c) La Comunicación A 7429 y el encaje de las cuentas de depósito de los PSPOCP:

El 30/12/2021 el Banco Central de la República Argentina (BCRA), mediante la Comunicación A 7429 dispuso que, a partir del 1/1/2022, se constituya un encaje del 100% sobre lo cuentas de depósito (cuentas transaccionales) de los proveedores de servicio de pago que ofrecen cuentas de pago (PSPOCP) en las que se encuentren depositados los fondos de sus

---

<sup>56</sup> BCRA, Texto Ordenado sobre “Proveedores de Servicios de Pago”, punto 2.2.3. El subrayado es nuestro.



# DECONOMI

clientes<sup>57</sup>. Es una disposición particular, solo aplicable a los PSOCP que no tiene antecedentes<sup>58</sup>.

El encaje es un requisito que surge a partir de la intermediación financiera. Se trata del efectivo mínimo que las entidades financieras deben mantener disponible (líquido) para hacer frente a los requerimientos habituales de efectivo por parte de sus depositantes y al cumplimiento de las obligaciones surgidas de otros pasivos. Entendemos esta es la función principal del encaje.

Las entidades financieras no podrán prestar ese dinero, quedando inmovilizado en una cuenta corriente que aquellas tienen abierta en el BCRA.

El valor del efectivo mínimo se determina teniendo en cuenta un porcentaje de los depósitos y otros pasivos de las entidades financieras. La determinación del efectivo mínimo es una facultad del BCRA.

Al respecto, el art. 28 de la Ley 24.144 dispone: “El Banco Central de la República Argentina puede exigir que las entidades financieras mantengan disponibles determinadas proporciones de los diferentes depósitos y otros pasivos, expresados en moneda nacional o extranjera. La integración de los requisitos de reservas no podrá constituirse sino en depósitos a la vista en el Banco Central de la República Argentina, en moneda nacional o en cuenta de divisa, según se trate de pasivos de las entidades financieras denominadas en moneda nacional o extranjera, respectivamente.

Atendiendo a circunstancias generales, el Banco Central de la República Argentina podrá disponer que la integración de los requisitos de reserva se realice parcialmente con títulos públicos valuados a precios de mercado” (el subrayado es nuestro).

El nivel óptimo del encaje, considerando su función principal, estaría constituido por el efectivo que se debe aplicar a garantizar el cumplimiento regular de las obligaciones del banco (depósitos y otros pasivos) sin que ello

---

<sup>57</sup> Ver también Comunicado del 30/12/21, de donde se desprenden los fundamentos de la medida. Disponible en el sitio del BCRA, <https://www.bcra.gob.ar/Noticias/fondos-billeteras-virtuales-permaneceran-encajados-en-bcra.asp>

<sup>58</sup> Se podría citar como antecedente el régimen de “nacionalización de los depósitos” dispuesta por el Decreto 11.554 de 1946, ratificado por la Ley 14.962 de 1946 y la Ley 20.520 de 1973 pero, la medida actual del BCRA responde a otros fines muy distintos a los establecidos por dichas leyes.



# DECONOMI

importe un exceso que pueda afectar la rentabilidad del banco al disminuir su capacidad prestable. Respetando siempre las recomendaciones dictadas por el Comité de Basilea, especialmente las que buscan morigerar el riesgo de iliquidez<sup>59</sup>, aunque adaptadas a la situación local.

Más allá de su función principal, que es cumplir con las obligaciones asumidas por los bancos frente a los depositantes, también constituye una importante herramienta de política monetaria utilizada por el BCRA en tanto que, a mayor encaje disminuye la capacidad prestable de los bancos y viceversa.

Las consecuencias económicas de la Comunicación A 7429 son importantes pues afectan seriamente los ingresos de los PSPOCP. Es de remarcar que esta Comunicación solo se aplica a estas entidades.

La obligación de depositar los fondos de los clientes en una cuenta a la vista en una entidad financiera, había derivado en que los PSPOCP celebraran acuerdos con los bancos para obtener algún tipo de rentabilidad a partir de dichos depósitos. Al quedar inmovilizados en su totalidad en el BCRA, los PSPOCP no podrán percibir ninguna comisión o rentabilidad derivada de los rendimientos del capital depositado<sup>60</sup>.

Esta caída en los ingresos de los PSOCP podría provocar que los costos se trasladen a sus clientes, afectando de esta manera la gratuidad en el otorgamiento y mantenimiento de las cuentas de pago. Por ejemplo, cobro de comisiones por las operaciones cash-in.

## La razonabilidad de la Comunicación A 7429:

---

59 “Se entiende por riesgo de liquidez principalmente al riesgo de liquidez de fondeo, definido como aquel en que la entidad financiera no pueda cumplir de manera eficiente con los flujos de fondos esperados e inesperados, corrientes y futuros y con las garantías sin afectar para ello sus operaciones diarias o su condición financiera. Conf. BCRA, TO sobre “Lineamientos para la gestión de riesgos en las entidades financieras”, punto 3.1.1.

<sup>60</sup> En el TO al 6/1/22 del BCRA sobre “Efectivo Mínimo” se dispone que no se reconocerán intereses por la integración correspondiente a los depósitos y otras obligaciones a la vista (punto 2.4 – Retribución de las cuentas en pesos abiertas en el Banco Central).



# DECONOMI

En el Comunicado del BCRA del 30/12/21<sup>61</sup> se indicó que el encaje del 100% de los fondos dispuesto por la Comunicación A 7429 tiene por fin “preservarlos de contingencias y garantizar que estén siempre a disposición de los y las ahorristas”. También se expresa que “estas cuentas son de carácter transaccional y la medida dispuesta fortalece ese rol y favorece la expansión de los medios de pago digitales, otorgando mayor transparencia y seguridad”.

El Comunicado del BCRA no hace referencia a estudios e informes estadísticos o de otro carácter que justifiquen un encaje del 100%. Por ejemplo, sería importante conocer los fondos efectivamente utilizados en los 30 días anteriores sobre el total depositado.

Tampoco desde lo jurídico parece una medida acertada pues, si bien el BCRA actuó dentro del marco de las atribuciones conferidas por la Carta Orgánica, su aplicación debe seguir un criterio razonable a partir de las circunstancias que se presentan en un tiempo y lugar y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias recomendadas por el Comité de Basilea. De lo contrario, podría entrar en pugna con otras normas y principios.

Es de preguntarse por qué se instauró un tratamiento diferenciado entre los depósitos a la vista realizados por los clientes directos de las entidades financieras y los depósitos a la vista en las cuentas a nombre de la PSPOCP pues no pareciera, desde una perspectiva jurídica, que existan diferencias notorias entre estos depósitos.

Es de tener presente que, por ejemplo, el efectivo mínimo para los depósitos en cajas de ahorro en pesos en entidades financieras de primer nivel es del 45% (conf. BCRA, “Efectivo Mínimo”, TO al 22-3-22 punto 1.3.2.1). En trazos gruesos, por cada 100 pesos, el banco tiene que tener disponibles para hacer frente a sus obligaciones (inmovilizado) \$ 45 y puede prestar los \$ 55 restantes.

Al mismo tiempo se estaría afectando el enfoque funcional –antes citado- que tuvo en cuenta el BCRA para regular la actividad de los PSPOCP.

---

<sup>61</sup> Disponible en el sitio del BCRA, <https://www.bcra.gob.ar/Noticias/fondos-billeteras-virtuales-permaneceran-encajados-en-bcra.asp>



# DECONOMI

Tal vez una alternativa a analizar habría sido no inmovilizar los fondos al 100% y que los clientes, en tanto acreedores de los fondos depositados (art. 1390 CCCN) en la cuenta a nombre del PSPOCP, acordaran con esta que de la rentabilidad obtenida por dichos fondos se les descontara un porcentaje en concepto de comisión.

Frente a la escasa fundamentación que surge del Comunicado del BCRA antes mencionado y las consecuencias económicas que puede traer aparejadas, la Comunicación A 7429 no aparece como razonable.

En otras ocasiones he indicado que, “desde antiguo se ha sostenido que la rapidez, la certeza y la seguridad jurídica son 3 presupuestos que facilitan el tráfico comercial.

Rapidez (celeridad) en la concreción de las operaciones. Certeza en la existencia misma del negocio jurídico y en sus alcances. Seguridad entendida como la certidumbre sobre las consecuencias jurídicas de las acciones pasadas, presentes y futuras de los hombres”.

Como se desprende de los comentarios anteriores, la Comunicación A 7429 genera dudas tanto sobre la certeza del negocio jurídico de las PSPOCP como en las consecuencias jurídicas. Sería recomendable una mayor precisión en la determinación de sus fundamentos o una corrección en la norma.

## 1.d) Billetera digital, electrónica o virtual:

La herramienta de pago esencial para realizar tales operaciones es la billetera digital, que es esencialmente una aplicación móvil con la que se pueden realizar múltiples operaciones financieras.

A través de la Comunicación A 7462 del 24/2/22, el BCRA ha considerado como términos equivalentes billetera virtual, digital o electrónica y la ha definido como “el servicio ofrecido por una entidad financiera o proveedor de servicios de pago (PSP) a través de una aplicación en un dispositivo móvil o en un navegador web que debe permitir –entre otras transacciones– efectuar pagos con transferencia (PCT) y/o con otros instrumentos de pago –tales como tarjetas de débito, de crédito, de compra o prepagas–.”



# DECONOMI

A fines de noviembre del 2021 entró en vigencia el programa de Transferencias 3.0. por el que se implementa un sistema interoperable mediante una interfaz estandarizada de pagos (IEP) donde, a través de cualquier billetera virtual que lea códigos QR, se pueden hacer pagos con transferencias tanto desde cuentas bancarias como cuentas de pago (PSP).

La aplicación de este sistema permite al cliente decidir desde que cuenta efectuará el pago y comercio recibir la acreditación de los fondos en forma inmediata -ya sea en cuenta bancaria o de pago- y con carácter irrevocable.

También a través de la Comunicación A 7462 -puntos 9 y 10- se crea un “Registro de billeteras digitales interoperables” donde deberán estar inscripto los PSP que deseen brindar un servicio de billetera digital que permita efectuar pagos con transferencia mediante la lectura de códigos QR.

## **2) Proveedores no financieros de crédito.**

### **2.a) Definición y categorías:**

El Texto Ordenado sobre Proveedores no Financieros de Crédito (PNFC) se dispone que “son considerados proveedores no financieros de crédito aquellas personas jurídicas que, sin ser entidades financieras de conformidad con la Ley de Entidades Financieras, realicen –como actividad principal o accesoria– oferta de crédito al público en general, otorgando de manera habitual financiaciones alcanzadas.

También quedan incluidas en este concepto las asociaciones mutuales, las cooperativas y las empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra –cualquiera sea su naturaleza jurídica–, y se excluye a las empresas proveedoras de servicios públicos (empresas que suministren electricidad, gas, teléfono, agua, etc.)”<sup>62</sup>.

El mencionado Texto Ordenado distingue entre 2 categorías de proveedores no financieros de créditos: a) Las empresas no financieras emisoras

---

<sup>62</sup> BCRA, Texto Ordenado sobre “Proveedores no financieros de crédito”, punto. 1.1.





# DECONOMI

de tarjetas de crédito y/o compra y b) otros proveedores no financieros de crédito. Estableciendo un régimen diferenciado para cada categoría.

Los “otros proveedores no financieros de crédito” (OPNFC) son todos aquellos sujetos comprendidos en la definición antes citada fuera de las empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito, “ya sea que la oferta de crédito la realicen de manera presencial y/o mediante medios electrónicos o remotos”<sup>63</sup>.

De acuerdo con lo indicado, las fintech se encontrarían incluidas dentro de esta categoría por tratarse de proveedores no financieros de crédito que realizan la oferta mediante medios electrónicos o remotos.

## 2.b) Financiamientos alcanzadas:

Las financiamientos alcanzadas son las otorgadas a personas humanas o jurídicas tanto para la compra de bienes y/o servicios como sin destino específico, incluidos los mutuos que otorguen las empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra. “Se excluyen los créditos otorgados al personal contratado por la propia empresa y las financiamientos otorgadas a sus clientes –con quienes se mantenga una relación comercial no financiera– con el único propósito de concretar la venta de bienes y/o servicios”<sup>64</sup>.

## 2.c) Proveedores no financieros de crédito comprendidos en la reglamentación del BCRA:

El BCRA no incluye en la reglamentación a todos los sujetos que podrían estar comprendidos dentro de la definición antes mencionada.

Ello así, pues dispone que deben inscribirse en el “Registro de otros proveedores no financieros de crédito” aquellos sujetos que reúnan las siguientes características:

---

<sup>63</sup> BCRA, Texto Ordenado sobre “Proveedores no financieros de crédito”, punto. 1.3.1.2.

<sup>64</sup> BCRA, Texto Ordenado sobre “Proveedores no financieros de crédito”, punto 1.2.



# DECONOMI

a) Cuando se encuentren vinculados a entidades financieras prestamistas conforme lo dispuesto por el punto 1.2.2 del Texto Ordenado sobre “Grandes exposiciones al riesgo de crédito”. Reciban o no asistencia de entidades financieras.

b) Cuando las financiaciones alcanzadas superen los \$ 10 millones según el último balance anual.

c) Las empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra, cuando otorguen financiaciones alcanzadas no comprendidas en la Ley 25.065 de Tarjetas de Crédito y verifiquen las condiciones de los acápites a) o b).

d) Las asociaciones mutuales y cooperativas que registren financiaciones alcanzadas por un importe superior a los \$ 20 millones, en la medida que sean sujetos de crédito por parte de las entidades financieras.

## 2.d) La necesaria regulación del BCRA

Conforme lo indicado en los puntos precedentes, los préstamos que otorgan los OPNFC no se fondean con depósitos del público en forma directa, sino que se aplican fondos propios o mediante recursos provenientes del mercado de capitales o de préstamos del sistema financiero. En este último caso, el riesgo es alto pues los préstamos concedidos por las entidades financieras provienen de sus depositantes<sup>65</sup>.

La interrelación de los PNFC con el sistema financiero y el permanente incremento de la cartera de créditos de los primeros, justifica la profundización de la regulación y supervisión de estos sujetos.

Así, por ejemplo, deben dar cumplimiento a las normas sobre publicidad y transparencia de las tasas de interés (Texto Ordenado sobre “Tasas de interés en las operaciones de crédito”, Sección 6), sobre “Protección de los usuarios de servicios financieros” (Texto Ordenado, punto 1.1.2. Sujetos

---

<sup>65</sup> Al respecto, ver el Texto Ordenado sobre “Asistencia crediticia a Proveedores no Financieros de Crédito” del BCRA.



Obligados) y sobre “Comunicación por medios electrónicos para el cuidado del medio ambiente” (Texto Ordenado, punto 1.1. Sujetos alcanzados).

### **3) Proveedores de servicios de crédito entre particulares a través de plataformas.**

#### 3.a) Definición:

El BCRA, mediante la Comunicación A 7406 del 25/11/2021 aprobó, con vigencia a partir del 3/1/22, el Texto Ordenado sobre “Proveedores de servicios de créditos entre particulares a través de plataformas”, regulando de esta manera las plataformas de crowlending, es decir, aquellas plataformas digitales que permiten los préstamos entre particulares sin que exista intermediación. En consecuencia, este medio solo servirá para acercar a los inversores particulares con quien solicite la financiación.

Dicho Texto Ordenado indica que “se consideran proveedores de servicios de créditos entre particulares a través de plataformas (PSCPP) a aquellas personas jurídicas que ofrezcan –como actividad principal o accesoria de su objeto social– el servicio de acercar y poner en contacto a uno o más oferentes con demandantes de crédito para concretar operaciones de préstamo en pesos.

Los PSCPP no podrán ser oferentes ni demandantes de crédito en las plataformas que administran. Dicha prohibición alcanza a su personal y/o personas humanas o jurídicas vinculadas al PSCPP conforme al punto 1.2.2. de las normas sobre “Grandes exposiciones al riesgo de crédito”<sup>66</sup>.

#### 3.b) Condiciones para desarrollar la operatoria:

Conforme dispone el Texto Ordenado en el punto 1.3, los PSCPP deberán desarrollar su operatoria bajo las siguientes condiciones:

---

<sup>66</sup> BCRA, Texto Ordenado sobre “Proveedores de servicios de créditos entre particulares a través de plataformas”, punto. 1.1.



# DECONOMI

a) “No deberán asumir el riesgo crediticio por las operaciones entre inversores y tomadores de los créditos ni garantizar –directa o indirectamente– las obligaciones concertadas entre las partes a través de su plataforma. El inversor asumirá el riesgo crediticio de la operación”.

b) “No podrán comprometerse con los inversores a la devolución de los créditos, ni adquirir o comprar los créditos concertados en su plataforma”.

c) “Previo al otorgamiento del crédito deberán brindar la información necesaria que permita al inversor identificar al o los solicitantes de créditos destinatarios de su inversión e indicar a las partes los procedimientos a seguir para la firma de la documentación respaldatoria del crédito. Una vez concertada la operación deberán ofrecer la documentación e información necesaria a efectos que las partes puedan eventualmente ejercer sus derechos sin la participación de los PSCPP”.

d) “Los movimientos de fondos –que deban realizar los PSCPP y sus clientes– deberán realizarse a través de cuentas a la vista en pesos en entidades financieras y/o en cuentas de pago que ofrecen los Proveedores de Servicios de Pago en el país ....

### 3.c) Otras actividades permitidas:

“Los PSCPP en sus plataformas podrán brindar –por sí o a través de terceros– los servicios de análisis crediticio, administración y gestión de cobro de los créditos, siempre que conserve el inversor la decisión de otorgar cada crédito y pueda, asimismo, asumir o transferir en cualquier momento la administración y gestión de cobro”<sup>67</sup>.

Los PSCPP podrán percibir comisión por tales servicios.

## IV.- PARTICIPANTES EN EL SISTEMA NACIONAL DE PAGOS

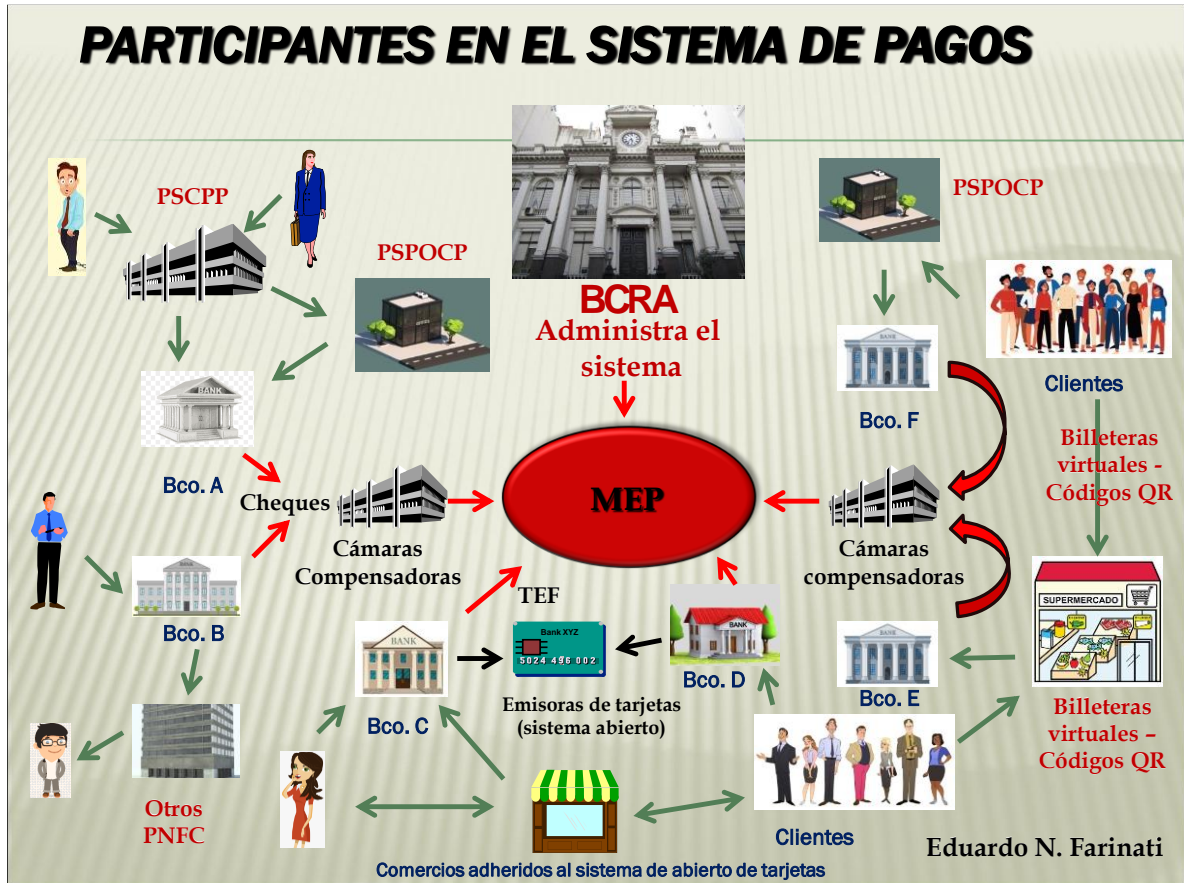
---

<sup>67</sup> BCRA, Texto Ordenado sobre “Proveedores de servicios de créditos entre particulares a través de plataformas”, punto. 1.4.



# DECONOMI

De acuerdo con los antecedentes reseñados y a modo de conclusión, podemos describir la estructura y los participantes del sistema nacional de pagos de la siguiente manera:



## ***“Nuevo marco regulatorio de los biocombustibles. Posibilidades y restricciones normativas para potenciar su mercado”***

por Mariano Genovesi<sup>68</sup> y Santiago Bassó<sup>69</sup>

### **Introducción**

El nuevo régimen jurídico de los biocombustibles está conformado por la ley 27.640 que aprobó el Marco Regulatorio de Biocombustibles<sup>70</sup>. Esta ley establece, por un lado, la obligación de mezclar biocombustibles con los combustibles fósiles. Se construye así un mercado de biocombustibles altamente regulado tanto en volúmenes como en precio.

Por otro lado, el marco regulatorio también contiene las bases para la elaboración y comercialización de biocombustibles puros o biocombustibles mezclados en mayores proporciones con combustibles fósiles, para los cuales se estructura un mercado sin regulación de volúmenes y precios.

Sin embargo, se advierte que la normativa sobre requisitos y condiciones aplicables no se encuentra aun suficientemente desarrollada a los fines de disipar eventuales escenarios de incertidumbre jurídica.

A continuación, en la sección I, efectuaremos una descripción de las características más relevantes de este marco jurídico, para luego concluir en el la sección II con un análisis de las posibilidades y restricciones normativas para la ampliación del uso de bioetanol de maíz y biodiésel.

### **I. Análisis del marco normativo**

#### **A. Consideraciones generales**

---

<sup>68</sup> Profesor titular de Derecho Comercial, secretario general de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>69</sup> Jefe de Trabajos Prácticos y secretario del Departamento de Derecho Económico y Empresarial.

<sup>70</sup> La ley 27.640 fue sancionada por el Congreso de la Nación el 15 de julio de 2021, promulgada de hecho el 2 de agosto de 2021 y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 4 de agosto de 2021. La ley entró en vigencia el 5 de agosto de 2021 (al día siguiente de su publicación). La ley ha sido reglamentada por el decreto 717/2021 publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 19 de octubre de 2021.



# DECONOMI

La ley 27.640 aprobó el Marco Regulatorio de Biocombustibles que comprende todas las actividades de elaboración, almacenaje, comercialización y mezcla de biocombustibles en todo el territorio nacional. Su vigencia está prevista hasta el 31 de diciembre de 2030, con la potestad del Poder Ejecutivo de extenderla por única vez por 5 años adicionales<sup>71</sup>.

La ley 27.640 reemplaza a la ley 23.287 que creó el Plan Nacional Alconafta, a la ley 26.093 que estableció el Régimen de Regulación y Promoción para la Producción y Uso Sustentables de Biocombustibles, y la ley 26.334 que aprobó el Régimen de Promoción de la Producción de Bioetanol<sup>72</sup>. A diferencia de sus antecesoras, el espíritu y estructura de la ley 27.640 no está dirigido expresamente a promover y fomentar el desarrollo de los biocombustibles. Se trata, en verdad, de un marco regulatorio de biocombustibles, como el propio nombre de la ley lo indica, que establece condiciones y requisitos para las empresas y para los biocombustibles.

Por un lado, la ley establece que la elaboración, almacenamiento y comercialización de biocombustibles, como así también su mezcla con combustibles fósiles en cualquier proporción, debe ser efectuada únicamente por empresas habilitadas a tales efectos por la Secretaría de Energía. La normativa prevé que, sin dicha habilitación, la actividad será considerada clandestina<sup>73</sup>. En el caso de biodiésel se prevé incluso que no se habilitará la incorporación de nuevas empresas en el mercado hasta tanto se agote la capacidad instalada de las actualmente existentes<sup>74</sup>.

Por otro lado, se dispone que todos los biocombustibles y sus mezclas con combustibles fósiles que se comercialicen dentro del territorio nacional deben cumplir con la normativa de calidad vigente para cada uno de los productos en cuestión<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Ley 27.640, art. 1°.

<sup>72</sup> El art. 21 de la ley 27.640 estableció que quedaran sin efecto todas las disposiciones establecidas en las leyes 23.287, 26.093 y 26.334 y toda la normativa reglamentaria de las mismas. Este trabajo no analizará si la sustitución de dicho marco jurídico incurrió en una afectación del principio constitucional de no regresividad en materia ambiental, con lo cual tampoco puede ser entendido cómo que se comparte o se considera que dicha afectación no ocurrió, o que el marco jurídico nacional actual está exento de cuestionamientos constitucionales.

<sup>73</sup> Ley 27.640, art. 5°.

<sup>74</sup> *Id.*, art. 11, § 3°.

<sup>75</sup> *Id.*, art. 7°.



# DECONOMI

La autoridad de aplicación de la ley es la Secretaría de Energía de la Nación. Por ende, es quien tiene la potestad de regular la producción, comercialización y uso sustentable de los biocombustibles<sup>76</sup>, como así también adecuar las especificaciones de calidad de los biocombustibles<sup>77</sup>, con facultades para dictar normas complementarias para interpretar y aclarar el régimen legal<sup>78</sup>.

Desde el punto de vista impositivo, la ley 27.640 establece que el biodiésel y el bioetanol no estarán gravados por el Impuesto a los Combustibles Líquidos (ICL) y por el Impuesto al Dióxido de Carbono (ICO2) alcanzando dicho tratamiento a todas sus etapas de producción, distribución y comercialización. En el caso de mezcla con combustibles fósiles, el gravamen recae sólo sobre el componente de combustible fósil. Este tratamiento impositivo sólo aplica si las materias primas principales utilizadas son de origen nacional<sup>79</sup>.

El 19 de octubre de 2021 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina el decreto 717/2021. Dicho decreto efectuó una reglamentación acotada de la ley, delegando en la Secretaría de Energía el dictado de la normativa aclaratoria y complementaria necesaria. A la fecha de entrega de esta contribución, dicha normativa aún no ha sido dictada por la Secretaría de Energía. Ello no obsta a su efectiva aplicación, aunque aumenta la incertidumbre regulatoria, esencialmente sobre las condiciones y requisitos para operar en el mercado no regulado de biocombustibles puros y mezclas en porcentajes mayores al obligatorio.

Adicionalmente, debe destacarse que el 1° de noviembre de 2021 se publicó en el Boletín Oficial la Resolución 1036/2021 de la Secretaría de Energía que aprobó los “Lineamientos para un Plan de Transición Energética al 2030”. Si bien no es una norma jurídica que establezca derechos y obligaciones actúa como una “guía imprescindible” en materia de transición energética, conteniendo algunas definiciones políticas y programáticas en materia de biocombustibles, principalmente en materia de ampliación de su utilización, conforme analizaremos más adelante.

---

<sup>76</sup> *Id.*, art. 3°.

<sup>77</sup> *Id.*, art. 3° inc. b).

<sup>78</sup> *Id.*, art. 3° inc. m).

<sup>79</sup> *Id.*, art. 22.





## B. Mezcla obligatoria, regulación de volúmenes y precio

La ley 27.640 establece un régimen de mezcla obligatoria de biocombustibles con combustibles fósiles (*mercado o segmento mandatorio*), brindando así cierta continuidad al régimen creado a partir de la ley 26.093. En la actualidad, se estructura a partir de las siguientes características:

- Todo combustible líquido clasificado como gasoil o diésel oil debe contener un porcentaje obligatorio de biodiésel de 5% en volumen sobre la cantidad total del producto final<sup>80</sup>.
- Todo combustible líquido clasificado como nafta debe contener un porcentaje obligatorio de bioetanol de 12% en volumen sobre la cantidad final del producto<sup>81</sup>.

El abastecimiento de los volúmenes de biodiésel para el cumplimiento de la mezcla obligatoria con gasoil y/o diésel se lleva a cabo por las empresas elaboradoras de dicho biocombustible que no desarrollen actividades vinculadas con la exportación de biodiésel y/o de sus insumos principales, sea en forma directa o indirecta a través de sus empresas controlantes y/o controladas<sup>82</sup>. La asignación de volúmenes es efectuada por la autoridad de aplicación a prorrata y en función del equivalente mensual de su capacidad de elaboración anual, con un límite máximo de 50.000 toneladas anuales.

En los casos en que la asignación previamente indicada no resulte suficiente para satisfacer la demanda mensual de biodiésel para cumplir con la mezcla obligatoria, las cantidades faltantes se abastecen en partes iguales por las empresas previamente indicadas que aún cuenten con posibilidades de provisión<sup>83</sup>.

Debe advertirse que la autoridad de aplicación puede elevar el porcentaje obligatorio de mezcla de biodiésel cuando lo considere conveniente en función del abastecimiento de la demanda, la balanza comercial, la promoción

---

<sup>80</sup> *Id.*, art. 8°, § 1°.

<sup>81</sup> *Id.*, art. 9°.

<sup>82</sup> *Id.*, art. 11, § 1°.

<sup>83</sup> *Id.*, art. 11, § 2°.



# DECONOMI

de inversiones en economías regionales y/o razones ambientales o técnicas, o bien reducirlo hasta un porcentaje del 3% cuando el incremento en los precios de los insumos básicos para la elaboración del biodiésel pudiera distorsionar el precio del combustible fósil en el surtidor o ante situaciones de escasez de biodiésel <sup>84</sup> . Dicha reducción será soportada por todas las empresas elaboradoras de manera proporcional y de acuerdo a los mismos parámetros utilizados para asignarles los volúmenes de biodiésel a cada una de ellas<sup>85</sup>.

El abastecimiento de los volúmenes de bioetanol para el cumplimiento de la mezcla obligatoria con nafta se lleva a cabo en función de determinados parámetros diferenciados según la materia prima de origen.

Para el caso del bioetanol elaborado a base de caña de azúcar:

- Los volúmenes de bioetanol correspondientes al 6% de la mezcla obligatoria son asignados a las elaboradoras de bioetanol a base de caña de azúcar, a prorrata y en función de los cupos de bioetanol anuales vigentes conforme la legislación anterior (ley 26.093 y 26.334)<sup>86</sup>.
- La autoridad de aplicación puede reducir transitoriamente el porcentaje de bioetanol a base de caña de azúcar en caso de escasez general comprobada<sup>87</sup>.
- La autoridad de aplicación puede elevar el porcentaje de bioetanol a base de caña de azúcar cuando lo considere conveniente en función del abastecimiento de la demanda, la balanza comercial, razones ambientales o técnicas o promoción de inversiones en economías regionales<sup>88</sup>.

Para el caso del bioetanol elaborado a base de maíz:

- Los volúmenes de bioetanol correspondientes al 6% de la mezcla obligatoria son asignados a las elaboradoras de bioetanol a base de maíz, a prorrata y en función de los cupos de bioetanol anuales vigentes conforme la legislación anterior (ley 26.093 y 26.334)<sup>89</sup>.

---

<sup>84</sup> *Id.*, art. 8°, § 2°.

<sup>85</sup> *Id.*, art. 11, § 4°.

<sup>86</sup> *Id.*, art. 12, inc. a), § 1°.

<sup>87</sup> *Id.*, art. 12 inc. a), § 2°.

<sup>88</sup> *Id.*, art. 12 inc. a), § 2°.

<sup>89</sup> *Id.*, art. 12 inc. b), § 1°.



# DECONOMI

- La autoridad de aplicación puede elevar el porcentaje obligatorio cuando lo considere conveniente en función del abastecimiento de la demanda, la balanza comercial, la promoción de inversiones en economías regionales y/o razones ambientales o técnicas<sup>90</sup>.
- La autoridad de aplicación puede reducir el porcentaje obligatorio hasta el 3% en volumen cuando el incremento en los precios de los insumos básicos para la elaboración del bioetanol a base de maíz pudiera distorsionar el precio del combustible fósil en el surtidor y/o ante situaciones de escases de bioetanol a base de maíz<sup>91</sup>. En tal caso, 2/3 de la reducción serán soportados por las empresas elaboradoras que, en forma directa o indirecta a través de sus controlantes y/o controladas, desarrollen actividades vinculadas con la exportación de los insumos principales para su elaboración; y 1/3 por el resto de las empresas elaboradoras.
- El decreto reglamentario 717/2021 estableció expresamente que no se considerará materializado el supuesto que habilitaría a reducir el porcentaje obligatorio de bioetanol de maíz mientras se aplique la metodología de precio establecida por la Resolución 852/2021 (sobre la cual nos detenemos seguidamente).

En cuanto al precio, la ley 27.640 establece que la autoridad de aplicación debe establecer el precio de adquisición del biodiésel y del bioetanol destinado a cumplir con la mezcla obligatoria de acuerdo con metodologías de cálculo que determine para cada uno de los productos<sup>92</sup>.

Las metodologías de cálculo de los precios deben garantizar una rentabilidad determinada, considerando los costos de su elaboración, transporte y el precio para producto puesto en su planta de producción<sup>93</sup>.

Con relación al precio del bioetanol, si bien no existe una metodología de cálculo con una fórmula definitiva que considere todos los elementos indicados por la ley 27.640, el decreto 717/2021 cristalizó la metodología de la Resolución 852/2021 de la Secretaría de Energía. Dicha Resolución estableció

---

<sup>90</sup> *Id.*, art. 12 inc. b), § 2°.

<sup>91</sup> *Id.*, art. 12 inc. b), § 2°.

<sup>92</sup> *Id.*, art. 13, § 1°.

<sup>93</sup> *Id.*, art. 14.



# DECONOMI

un precio por litro para ambos segmentos de bioetanol y dispuso que dicho precio se actualizará mensualmente de acuerdo a la variación porcentual del precio en el surtidor de las naftas comercializadas a través de las estaciones de servicio de YPF en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>94</sup>.

Este mecanismo de actualización tiene vocación de permanencia en cuanto puede aplicarse *sine die* y siempre y cuando no haya una modificación normativa. El mecanismo podría entrar en crisis si en algún momento las actualizaciones por variación del precio en surtidor no son suficientes para cubrir los costos y rentabilidad conforme la ley 27.640. El último precio determinado para marzo de 2022, aplicando la Resolución 852/2021, fue establecido por la resolución 185/2022. Sin embargo, por el impacto del aumento internacional de los *commodities* en los costos de la actividad, es esperable que se dicte a la brevedad una nueva resolución con un nuevo esquema de precios para el bioetanol.

En cambio, con relación al precio del biodiésel directamente no existe metodología alguna de actualización. Desde la sanción de la ley 27.640, la autoridad de aplicación ha venido actualizando el precio del biodiésel periódicamente.

En efecto, en septiembre de 2021, la resolución 853/2021 de la Secretaría de Energía estableció precios para las operaciones de septiembre, octubre y noviembre de 2021<sup>95</sup>. Luego, la resolución 1183/2021 fijó los precios para el período diciembre 2021 a marzo 2022<sup>96</sup>. A la fecha de cierre de esta

---

<sup>94</sup> La resolución 852/2021 fijó el precio de adquisición del bioetanol en \$59,35 por litro, tanto para el bioetanol elaborado con caña de azúcar como la fabricada a partir de maíz. Para el cálculo de la variación porcentual del precio en surtidor de las naftas se consideró el promedio ponderado de las ventas de nafta grado 2 y grado 3 llevadas a cabo por YPF en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los últimos 12 meses conforme información de la Dirección Nacional de Economía y Regulación de la Subsecretaría de Hidrocarburos de la Secretaría de Energía de la Nación (art. 4°, decreto 852/2021). Posteriormente, en febrero de 2022, la resolución 66/2022 estableció un precio \$ 65,42 por litro para ambos segmentos. A la fecha de cierre de esta contribución, la resolución 185/2022 aumentó ese precio a \$ 73,11 por litro.

<sup>95</sup> Para los meses de septiembre, octubre y noviembre, se fijó el precio en \$122.453, \$124.900 y \$ 127.400 por tonelada, respectivamente.

<sup>96</sup> El precio se estableció en \$ 131.859 la tonelada para diciembre 2021; \$ 135.700 en enero 2022; \$ 139.771 para febrero; y \$ 143.265 para marzo 2022.



contribución, la resolución 209/2022 había establecido los precios de adquisición de biodiésel para los meses de abril a agosto de 2022<sup>97</sup>.

## C. Biocombustibles puros y mezclas superiores al porcentaje obligatorio

La ley 27.640 habilita expresamente la posibilidad de elaborar y comercializar biocombustibles puros o mezclados en porcentajes superiores a los obligatorios (*mercado o segmento no mandatorio o voluntario*).

A tal efecto, la ley dispone que la autoridad de aplicación debe establecer los requisitos y condiciones para autoconsumo, distribución y comercialización de biodiésel, bioetanol en estado puro -B100 y E100-, biogás crudo, biogás, biometano, biojet u otros biocombustibles puros o mezclados en distintos porcentajes con combustibles fósiles autorizados, así como sus diferentes mezclas. El decreto 717/2021 no reglamentó la ley en esta materia, ratificando la delegación en la Secretaría de Energía el dictado de las normas complementarias y aclaratorias necesarias<sup>98</sup>. A la fecha de elaboración de este informe la autoridad de aplicación no había cumplido con este mandato de la ley 27.640 y del decreto 717/2021.

A su vez, la ley 27.640 establece que las empresas mezcladoras pueden adquirir libremente biocombustibles para obtener mezclas superiores a las del porcentaje obligatorio vigente, pactando en tal caso precio y aprovisionamiento<sup>99</sup>.

Dicha regla es incluso repetida para el bioetanol de caña de azúcar en el art. 12 inc. a), párr. 3°, de la ley 27.640. El mencionado artículo dispone que las empresas mezcladoras pueden comprar libremente bioetanol a base de caña de azúcar y superar el porcentaje de corte obligatorio, en función de las particularidades de sus respectivas plantas y procesos, de la optimización de costos que se reflejen en el precio final, el costo de los sustitutos y del ahorro de

---

<sup>97</sup> La resolución estableció precios por tonelada de \$ 179.451 para el mes de abril de 2022; \$ 182.143 para mayo; \$ 185.785 para junio; \$194.297 para julio; y \$ 198.143 para agosto 2022.

<sup>98</sup> Decreto 717/2021, art. 4°.

<sup>99</sup> Ley 27.640, art. 13, § 13.



# DECONOMI

divisas, hasta el límite que impongan las normas técnicas en vigencia sobre la calidad y composición fisicoquímica del producto final.

Adicionalmente, la ley 27.640 prevé que, de manera complementaria al corte obligatorio, y cuando las condiciones de mercado lo permitan, la autoridad de aplicación arbitrará los medios necesarios para sustituir la importación de combustibles fósiles con biocombustibles, con el objeto de evitar la salida de divisas, promover inversiones para la industrialización de materia prima nacional y alentar la generación de empleo<sup>100</sup>.

A los fines de desarrollar la sustitución de importaciones la autoridad de aplicación podrá asignar volúmenes de biocombustibles a tal efecto, establecer sus requisitos y condiciones de comercialización, impulsar acuerdos de abastecimiento y establecer porcentajes de mezcla diferentes<sup>101</sup>. Esta última potestad es particularmente relevante ya que se admite establecer porcentajes de mezcla diferentes y/o tratamientos particulares por región geográfica y/o para períodos o meses del año de consumo y/o tratamientos particulares<sup>102</sup>.

Por último, cabe señalar que, más allá de la falta de reglamentación previamente indicada, los “Lineamientos para un Plan de Transición Energética al 2030” aprobados por Resolución 1036/2021 de la Secretaría de Energía proyectan dos escenarios de ampliación de la utilización de los biocombustibles en porcentajes superiores a los obligatorios. En efecto, los referidos “Lineamientos” prevén que, para el 2030, en un escenario vinculado con las políticas existentes, el 5% de las ventas de vehículos nafteros contará con tecnología *flex* y el 25% de las ventas de buses de larga distancia serán B20. A su vez, en un escenario de políticas activas, el 20% de los vehículos nafteros contarán con tecnología *flex*, 8 mil buses de corta distancia serán B100, el corte efectivo de bioetanol será de un 14,8% y el corte efectivo de biodiésel del 9,3%, en ambos casos por la conjunción entre el mercado obligatorio y el voluntario. De tal modo, los “Lineamientos” permiten vislumbrar una pronta reglamentación que habilite y potencie al mercado voluntario.

---

<sup>100</sup> *Id.*, art. 16, § 1°.

<sup>101</sup> *Ib.*, art. 17.

<sup>102</sup> *Ib.*, art. 17 inc. d).



## **II. Posibilidades y restricciones normativas para la ampliación del uso de bioetanol de maíz y biodiésel.**

Efectuada la descripción de la normativa vigente en materia de biocombustibles, se advierte que dicho marco jurídico posibilita y promueve la ampliación del uso del bioetanol de maíz y del biodiésel en mezclas mayores a los porcentajes obligatorios actuales, e incluso como biocombustibles puros.

Por un lado, la ampliación del uso de bioetanol de maíz en el mercado regulado obligatorio puede ser establecida a nivel nacional por decisión de la Secretaría de Energía de la Nación. El porcentaje de mezcla obligatorio fijado actualmente en el 12% puede ser elevado, sin limitación cuantitativa, cuando se lo considere conveniente en función del abastecimiento de la demanda, la balanza comercial, la promoción de inversiones en economías regionales y/o razones ambientales o técnicas.

Del mismo modo, la ampliación del uso de biodiésel en el mercado regulado puede ser establecida a nivel nacional por decisión de la Secretaría de Energía de la Nación. El porcentaje de mezcla obligatorio fijado actualmente en el 5% puede ser elevado, sin limitación cuantitativa, cuando se lo considere conveniente en función del abastecimiento de la demanda, la balanza comercial, la promoción de inversiones en economías regionales y/o razones ambientales o técnicas.

Adicionalmente, la elevación de los porcentajes de mezcla obligatorios puede ser decidida por la Secretaría de Energía de la Nación como consecuencia de una política de sustitución de importaciones, incluso con un tratamiento diferenciado y particular a nivel geográfico. La legislación nacional expresamente posibilita y establece las bases para un mercado no regulado de biocombustibles con mezclas mayores a los porcentajes obligatorios y biocombustibles puros.

Ahora bien, para alcanzar la efectiva ampliación del uso del bioetanol de maíz y el biodiésel, es necesario profundizar ciertos aspectos de la legislación vigente mediante reglamentaciones específicas que permitan tanto hacer operativos los instrumentos de promoción previstos, como también disipar



# DECONOMI

eventuales incertidumbres jurídicas. En particular, se deben establecer con claridad las condiciones y requisitos para biocombustibles puros y o mezclados en porcentajes mayores al obligatorio. La Secretaría de Energía de la Nación debe a tal efecto reglamentar el artículo 23 de la ley 27.640 y el artículo 4 del decreto 717/2021.





## **“La fuente de la obligación en los títulos valores y las excepciones oponibles”**

por Martín E. Paolantonio

### **1. Introducción. Planteo del tema y objetivos del presente trabajo**

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) incorporó en el Libro Tercero (Derechos Personales), el Título V identificado como “Otras Fuentes de las Obligaciones”.

Allí se presenta, luego de la reglamentación de las obligaciones y contratos (tanto en su parte general como particular), la normativa propia de un variopinto elenco de relaciones jurídicas. Se incluyen en capítulos separados a la responsabilidad civil, la gestión de negocios, el empleo útil, el enriquecimiento sin causa, la declaración unilateral de voluntad, y en el Capítulo 6 a los títulos valores.

Ante la estructura determinada por el legislador, un observador imparcial<sup>103</sup> seguramente dudaría -al elaborar una sistematización de la fuente de las obligaciones<sup>104</sup>- en asignar a los títulos valores una fuente del deber correspondiente a uno de los capítulos previos del Título V.

Curiosamente -o no tanto, si se considera la afiliación natural de la doctrina nacional con los autores italianos clásicos<sup>105</sup>-, esa hesitación no está presente en los trabajos posteriores el CCyC, que continúan afirmando casi de manera automática -o dando por supuesto la verdad evidente de la afirmación, y por ende la falta de necesidad de cualquier justificación concreta- que la fuente de la obligación en los títulos valores es la declaración unilateral de voluntad<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Con esta expresión, apuntamos a quien, sin un conocimiento previo de los debates de la doctrina sobre la fuente de la obligación en los títulos valores, acometiere la tarea de clasificar o sistematizar la fuente de las obligaciones en el Código Civil y Comercial.

<sup>104</sup> Fuente de las obligaciones significa aquí el hecho generador del deber jurídico, en el tradicional sentido de la “causa fuente” del art. 499 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

<sup>105</sup> Y subrayamos lo de “clásica”, porque existen elaboraciones de la doctrina más reciente que se apartan de ese criterio. Y para ser justos, aun dentro de aquélla, autores han reconocido el carácter unilateral de la fuente, pero negado la relevancia o rol esencial de la voluntad. Ver referencias en Bergel y Paolantonio, *Acciones...*, t. I, ps. 23 y ss.

<sup>106</sup> Ver por ejemplo Prono, Ricardo S., y Prono, Mariano R., *La concepción de los títulos valores en el Proyecto de Código de 2012*, “Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa”, La Ley, 2012, n° 5, p. 289); y Aicega, María Valentina, *Regulación de la teoría general de los títulos*



# DECONOMI

Y en ese camino, no realizan distinción alguna entre la situación jurídica de las partes directas<sup>107</sup> (*inter partes*) y de los terceros (*inter tertios*)<sup>108</sup>.

Esto último marca el problema más significativo que enfrenta esa decisión: no existiendo dudas que en el título valor se presentan relaciones jurídicas diferentes (obligaciones)<sup>109</sup>, se les asigna a aquéllas una fuente única, *cuando su régimen jurídico es claramente diferenciado*.

Esa distinción, es manifiesta en la lectura del régimen legal de los títulos valores y también en sus normativas particulares<sup>110</sup> y puede sintetizarse la posibilidad del tercero<sup>111</sup> de excluir la oposición de ciertas excepciones, lo que no ocurre en la relación *inter partes*.

Sobre el punto no existe disenso, y el término acuñado de antaño por la doctrina para reflejar esa situación (autonomía), tiene hoy expresa recepción en los arts. 1815 y 1816 del CCyC.

Ahora bien, la cuestión dista de ser puramente teórica. Como lo hemos demostrado en otra oportunidad<sup>112</sup> -y aquí solo reiteraremos los

---

*valores en el Código Civil y Comercial. La especie de los títulos valores cartulares y la normativa aplicable*, "Revista del Código Civil y Comercial", 2018, p. 3 (aunque reconociendo que esa no es la posición expresa del legislador). Aunque sin apartarse de esa conclusión, Alegría reconoce que el tema está abierto a debate: Alegría, Héctor, Los títulos valores en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, "Revista de Derecho Privado y Comunitario", 2012-3, p. 286 (en nota).

<sup>107</sup> Por ejemplo, el creador y primer receptor o beneficiario del título valor, o los vinculados directos en una transmisión posterior (endosante y endosatario en un título valor a la orden).

<sup>108</sup> La relación de terceros, refiere a la posición de quien adquiere un título valor, y luego ejerce los derechos de aquél respecto de una persona distinta a la que se lo transmitió.

<sup>109</sup> Aunque existen posiciones contrapuestas en la doctrina extranjera acerca de la fuente de la obligación incorporada al título valor, la disputa respecto de la presencia de obligaciones distintas vinculadas a la creación y transmisiones sucesivas del título valor quedó zanjada hace largas décadas. Ver para un panorama de la discusión, que hoy solo tiene valor histórico, Bergel, Salvador D. y Paolantonio, Martín E., *Acciones y excepciones cambiarias*, Depalma, Buenos Aires, 1992, t. I, ps. 5 y ss.

<sup>110</sup> CCyC, arts. 1816 y 1819; decreto-ley 5965/63, arts. 17 y 18; ley 24.452, arts. 19 y 20.

<sup>111</sup> Para un análisis de las condiciones que determinar la protección del tercero, sobre la base de los arts. 1816 y ss. del CCyC, propusimos el concepto del "tercero protegido", ya que no cualquier tercer adquirente goza de la inmunidad de excepciones que es elemento distintivo de la normativa de los títulos valores. Ver Paolantonio, Martín E., *El portador protegido del título valor y el Código Civil y Comercial*, en "Revista del Código Civil y Comercial", La Ley, Bs. As., 2015, p. 245.

<sup>112</sup> Bergel y Paolantonio, *Acciones...*, t. I, ps. 239 y ss. El esquema que allí desarrollamos, se inspira fundamentalmente en la sistematización originada en la doctrina alemana y adoptado por la mayoría de la doctrina española, de la cual las manifestaciones más representativas son los trabajos de Paz-Ares y Eizaguirre. Ver Paz Ares, Cándido, *Las excepciones cambiarias* (en Menéndez-Menéndez -dir.-, *Derecho cambiario. Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, Civitas, Madrid, 1986, p. 251); Eizaguirre, José M., *El sistema de las excepciones frente a la acción cambiaria*, "Revista de Derecho Mercantil", 1987, p. 517. En posición diferente dentro de la doctrina española, destaca Sánchez Calero, Fernando, *Las excepciones cambiarias*, "Revista



razonamientos esenciales de aquélla indagación-, la determinación de la fuente de la obligación incorporada al título valor, presenta una vinculación con la determinación *concreta y práctica* de cuáles son las excepciones oponibles al portador (tercero)<sup>113</sup>.

No es pues el objetivo de este trabajo revisar desarrollos previos, o revalidarlos -más que en lo estrictamente necesario para hacer inteligible al presente- a la luz del CCyC, sino ofrecer una alternativa para la interpretación de alguna de sus normas (particularmente, el art. 1821).

## 2. La inconveniencia de una fuente única para las obligaciones incorporadas al título valor

Nuestro desacuerdo con la posición generalizada de la doctrina nacional acerca de la fuente de la obligación incorporada al título valor pasa fundamentalmente por las inconsistencias que ese criterio genera en la interpretación normativa.

Recordamos aquí que las teorías jurídicas no han de juzgarse bajo criterios de verdad o falsedad -propios de las ciencias naturales-, sino considerando primordialmente la utilidad de aquéllas presentan para el análisis de las normas positivas.

Como se ha señalado con inmejorable pluma, la dogmática jurídica - otro nombre para las teorías jurídicas<sup>114</sup>- no es solamente una cuestión de

---

de Derecho Bancario y Bursátil”, 1988, p. 7, quien mantiene el criterio tradicional de la doctrina italiana de distinguir entre excepciones reales y personales.

<sup>113</sup> Para simplificar la lectura y evitar la reiteración de textos, cuando nos referimos al “portador” o “portador legítimo” en el contexto de las excepciones oponibles, lo hacemos en la posición jurídica de tercero (esto es, valorando la oponibilidad de la excepción por parte de quien no está vinculado directamente a aquél).

<sup>114</sup> No se nos escapa la extrañeza, para usar las palabras de Atienza, que suscita el término, sobre todo para aquéllos ajenos a la comunidad jurídica (Atienza, Manuel, *La dogmática jurídica como tecno-praxis*, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/10.pdf>). La teoría jurídica -o al menos la variante que nosotros consideramos preferible- lejos está de la acepción literal de la palabra “dogma”. El dogma es aquí la aceptación de un dato normativo (la norma positiva), y su interpretación. No es ciertamente un acto de fe, ni una creencia que pueda profesarse -si cabe el término- sin pasar por la validación concreta de la solución de problemas prácticos de aplicación de la norma. Así, la respuesta al interrogante que plantea Nino ¿es dogmática la dogmática jurídica?; (Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1989, p. 17), más allá del juego de palabras, no podría merecer más que una respuesta



# DECONOMI

explicación u ordenamiento de una materia determinada, sino que tiene una función heurística. Y en esa línea, se agregan funciones de compatibilización con el ordenamiento jurídico general, de la valoración de la justicia de la solución particular y de solución de problemas prácticos concretos<sup>115</sup>.

Por ello, señalamos en su momento<sup>116</sup>, y el tiempo transcurrido solo nos ha hecho ratificar lo expuesto, que los criterios que deben inspirar la elaboración de una construcción dogmática o de teoría jurídica (y que asegurarán su consistencia) son:

1. La claridad y simplicidad con que sea capaz de explicar la disciplina.
2. La aptitud que tenga para reflejar con fidelidad la función normativo-típica de la preceptiva legal y la composición de intereses establecida por el legislador.
3. La cantidad de datos normativos que esté en condiciones de racionalizar y representar adecuadamente.
4. La oportunidad que ofrezca de insertar e integrar el derecho de los títulos valores en nuestro sistema de derecho privado, tal como ha sido elaborado por la doctrina en derredor del Código Civil y Comercial.

En este punto, sin dejar de mencionar lo positivo que inicialmente puede adjudicarse a las teorías unitarias o de la única fuente<sup>117</sup>, considerar a la declaración unilateral de voluntad como hecho generador único de todas<sup>118</sup> las

---

negativa. La construcción jurídica no puede ni debe elevarse al universo metafísico de las verdades únicas e inmutables.

<sup>115</sup> Canaris, Claus W., *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, ps. 30 y ss.

<sup>116</sup> Bergel y Paolantonio, *Acciones...*, t. I, ps. 4 y 5. En el presente texto, lógicamente corresponde hacer las adaptaciones vinculadas a la vigencia del Código Civil y Comercial.

<sup>117</sup> De algún modo, las teorías que reconocen una fuente única (la declaración unilateral de voluntad), constituyeron un enorme avance y simplificación de los excesos constructivos y la enorme artificialidad de otros desarrollos dogmáticos, lo que hemos explicado anteriormente, y se puede ver sintetizado en la referencia de Libertini a la “superfluidad (*superfetazione* en el original) dogmática en la doctrina de los títulos de crédito” a los cinco (!) negocios jurídicos que se asociaban a la génesis del cartular (Libertini, Mario, *I titoli di credito nella dottrina giuscommercialistica italiana. In memoria de Antonio Pavone La Rosa*, disponible en <http://www.rivistaodc.eu/titoli-di-credito-nella-dottrina-giuscommercialistica-italiana>).

<sup>118</sup> Recordamos que es un dato positivo incontrastable y sin controversia en la doctrina, que en el título valor (suponiendo la circulación), se agrupan obligaciones diferentes, e independientes en su régimen jurídico. Lo que se manifiesta en el principio de independencia de las obligaciones incorporadas, hoy norma positiva general para los títulos valores (art. 1823, CCyC) y ya presente en el art. 7 del decreto-ley 5965/63



obligaciones incorporadas al título valor presenta a nuestro juicio evidentes desventajas que la convierten (a pesar de la marcada preferencia de nuestra doctrina) en una opción dogmática inferior.

Particularmente:

1. No puede explicar, sino con el recurso poco deseable de las “muletas constructivas”, que agregan complejidad innecesaria a la tarea teórica y en ese sentido, la hacen menos valiosa, el régimen jurídico correspondiente a las relaciones jurídicas *inter tertios*, caracterizadas por la inoponibilidad o exclusión de excepciones (arts. 1817 y 1819 del CCyC).
2. No brinda ninguna base para interpretar (y efectuar conclusiones razonables) el régimen de excepciones oponibles enunciado en el art. 1821 del CCyC.

## **2.1. La declaración unilateral de voluntad y la inoponibilidad de excepciones. La apariencia jurídica como explicación superadora**

El reconocimiento expreso de la declaración unilateral de voluntad como fuente autónoma de obligaciones se sigue del texto del Capítulo 5 del Título V del Libro Tercero del CCyC.

No se trató de una innovación absoluta, sino fundamentalmente de una sistematización y ordenamiento de diversos supuestos ya reconocidos por la doctrina como manifestaciones de los efectos jurídicos de la voluntad unilateral para el nacimiento de un vínculo jurídico.

En particular, el art. 1800 del CCyC establece que *“la declaración unilateral de voluntad causa una obligación jurídicamente exigible en los casos previstos por la ley o por los usos y costumbres. Se le aplican subsidiariamente las normas relativas a los contratos”*.

Ni del texto de esa norma, ni del desarrollo siguiente en el CCyC, se sigue que el ordenamiento codificado determine como fuente de la obligación en los títulos valores a la declaración unilateral de voluntad. Salvo que se quiera realizar un razonamiento circular y entender que la referencia a los “casos previstos por la ley” da base suficiente a esa conclusión.



# DECONOMI

Pero no es esa cuestión la que nos interesa desarrollar en esta sección, sino una más significativa: el acto jurídico unilateral<sup>119</sup> como fuente de la obligación *inter tertios* no explica satisfactoriamente el principio fundamental del derecho de los títulos valores, que es la posibilidad de exclusión de excepciones por parte del tercero.

La simple lectura de los arts. 1816 y 1819 del CCyC evidencia que el tercero puede excluir la oposición de excepciones vinculadas con los casos de entrega involuntaria del título valor, la presencia de vicios de la voluntad del obligado, o las denominadas excepciones “personales”<sup>120</sup>.

Dicho de otro modo, a la relación jurídica *inter tertios* no se le aplica - como dato positivo incontrastable- el núcleo normativo central del acto jurídico - del cual la declaración unilateral de voluntad es una especie-: el régimen de vicios de la voluntad (arts. 265 y ss. del CCyC).

Entonces, si el concepto de acto jurídico incorpora una disciplina que tiene como núcleo la voluntariedad del sujeto, y el régimen normativo de los títulos valores considera al elemento volitivo como irrelevante (en la relación jurídica *inter tertios*), no resulta adecuado concluir que la fuente (única) de las obligaciones incorporadas al título valor es la declaración unilateral de voluntad, para a renglón seguido aplicar “correctivos” (verdaderas muletas constructivas) que al eliminar la relevancia de la autodeterminación del obligado, vacía en absoluto de contenido a la disciplina del acto jurídico<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Del texto del art. 1800 del CCyC, y la remisión final a las normas sobre contratos, nos parece evidente que la declaración unilateral de voluntad es un acto jurídico en el sentido establecido por el art. 259 del CCyC.

<sup>120</sup> Aclaremos que la mención al art. 1816 del CCyC la realizamos porque en general la doctrina nacional no formula una distinción particular para las excepciones personales. Pero la exclusión o inoponibilidad de aquéllas, en rigor, no se explica por la consideración de la fuente de la obligación incorporada, sino por su ajenidad respecto de la causa de la atribución patrimonial del tercero. Es la denominada abstracción personal, que no se vincula con el acto abstracto del art. 283 del CCyC, sino que es una manifestación del *res inter alios acta* (art. 1021 CCyC).

<sup>121</sup> La inconsistencia de la construcción jurídica no escapó en su tiempo al pensamiento de Yadarola, quien realizó una extensa fundamentación tendiente a calificar a la declaración cambiaria como un hecho jurídico (en el sentido hoy definido por el art. 257 del CCyC. No es posible abordar ahora esta variante “no negocialista” del acto unilateral, pero el lector encontrará siempre provecho en leer o releer un verdadero clásico de la doctrina nacional en la materia (Yadarola, Mauricio, *La letra de cambio: ¿es un contrato?* y *La fuente de la obligación cambiaria* (publicados en Homenaje a Yadarola, ps. 31 y ss. y 229 y ss., Córdoba, 1963). También en la doctrina italiana Ferri pretendió dar cuenta de la inconsistencia indicada mediante la teoría de la “voluntad de declaración” (Ferri, Giuseppe, *Títulos de crédito*, Abelado-Perrot, Bs. As., 1982, ps. 132 y ss.).



# DECONOMI

Ante ello, hemos sostenido -en la línea dominante en la doctrina española y alemana- la conveniencia de determinar una fuente ajena a la voluntad del acto jurídico para las relaciones jurídicas *inter tertios* en el título valor, que cumple con los criterios indicados para la teoría jurídica señaladas en la sección siguiente: la apariencia jurídica.

La teoría de la apariencia, explican Hueck-Canaris<sup>122</sup>, parte de la idea de que el firmante de un título valor crea un supuesto de hecho externo mediante su firma, en el cual puede confiar lícitamente el adquirente.

Se basa, por tanto, en una conexión entre los principios de apariencia (Paz Ares lo denomina “publicidad”) y el de imputabilidad: una vez firmado, el documento genera la apariencia de que el derecho ha nacido libre de vicios, y el firmante debe responder de esa apariencia porque le es imputable en la medida establecida por la ley.

La denominada teoría de la apariencia nos brinda en forma superlativa la oportunidad de inserción del complejo fenómeno de la inoponibilidad de excepciones -en tanto apartamiento de la regla general del *nemo plus juris* (art. 399 del CCyC)- en el marco de las normas que tutelan la seguridad del tráfico, lo que permite resolver la problemática específica del título valor con arreglo a los principios que gobiernan instituciones análogas.

Desde antaño, se ha reconocido por la doctrina respecto del Código de Vélez la relevancia de la apariencia jurídica<sup>123</sup>, y en este punto el CCyC no se aparta de ese camino<sup>124</sup>.

Sobre la apariencia, se ha señalado recientemente que “la apariencia busca tutelar la seguridad dinámica de un tercero que actuó de buena fe

---

<sup>122</sup> Hueck, Alfred y Canaris, Claus W., *Derecho de los títulos-valor*, 1ª ed. en español, Ariel, Barcelona, 1988, ps. 44 y ss.

<sup>123</sup> En las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, 1985, la recomendación 1ª de la Comisión 8 expresó que “*la protección de la apariencia constituye un principio de derecho que se extrae de una interpretación integradora del ordenamiento jurídico, y deriva de la finalidad de cubrir las necesidades del tráfico, la seguridad dinámica y la buena fe*”. En el Código Civil, la norma paradigmática y objeto de una riquísima experiencia jurisprudencial era el art. 1051, aunque existían otras normas que evidenciaban la relevancia de la apariencia, como los arts. 473, 732, 968, 970, 1967, 2130, 3430.

<sup>124</sup> López Mesa, Marcelo J., *La apariencia como fuente de derechos y obligaciones. la doctrina del acto aparente en el nuevo código civil y comercial y en el derecho actual*, disponible en <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/aparienciafuente.pdf>.



# DECONOMI

confiando en lo que verosíblemente se le presentaba como cierto, anteponiéndola a la seguridad estática de quien alega una representación o un derecho que no tiene y del mandante o titular del derecho, que permite que tales apariencias se muestren en su establecimiento o ante su vista, sin hacer nada para evitarlo o acotar tal posibilidad. Esencialmente tal doctrina es una construcción que intenta atemperar los efectos del principio de que nadie puede transferir a otro un derecho mejor ni más extenso que el que tenía (art. 399 CCyC)<sup>125</sup>.

De este modo, se pueden explicar sin dificultad (esto es, sin recurrir a desarrollos alambicados, inconsistentes o llanamente opuestos al derecho positivo):

1. Porqué se protege únicamente la adquisición de buena fe (arts. 1817 y 1819 del CCyC).
2. Porqué el firmante queda obligado aun cuando su voluntad esté viciada (art. 1819 del CCyC).
3. Porqué se protege al tercer adquirente, pero no a un vinculado *inter partes*<sup>126</sup>.

Por último, pero no menos importante, afirmar que la fuente de la obligación incorporada en el título valor en la relación *inter tertios* es la apariencia, da una herramienta valiosa para contribuir a la interpretación del art. 1821 del CCyC.

Para poder corroborar esa afirmación, objeto de la siguiente sección, cerramos la presente explicitando los elementos que integran (por derivación de

---

<sup>125</sup> López Mesa, cit. en nota precedente.

<sup>126</sup> En palabras de Hueck-Canaris, la conclusión resulta evidente si se analiza el problema desde el punto de vista teleológico: puesto que el principio de apariencia debe servir a la protección del tráfico, no hay razón alguna para fundar una responsabilidad basada en la apariencia cuando quien resulte afectado por el vicio no es un tercero, sino simplemente la contraparte. Si la oponibilidad de la excepción no afecta la función de circulación —puesto que por hipótesis no la ha habido—, no existe justificación para una exclusión de excepciones (Hueck-Canaris, *Derecho...*, p. 137).





# DECONOMI

las normas positivas<sup>127</sup>) el supuesto de hecho de la apariencia en el ámbito de los títulos valores<sup>128</sup>:

1. *Situación objetiva de apariencia*: es la que exige que del tenor literal del documento no derive vicio, defecto o cortapisa alguna que afecte el derecho del tercero. En otros términos, ante una situación documental cuya apariencia exterior tiene fuerza indudable respecto a quien no participó de su formación, el derecho le permite fiarse de ella sin necesidad de una indagación exhaustiva, lo que afectaría la circulación.
2. *Buena fe*: para que exista protección fundada en la apariencia, el tercero debe ignorar, sin incurrir en culpa grave, los vicios de la relación jurídica del título valor entre el deudor y la persona de quién el recibe el documento. Ello porque es claro que el ordenamiento jurídico tutela a quien de buena fe confía en la apariencia, y no a quien de mala fe o en forma gravemente negligente pretende aprovecharse de ella.
3. *Existencia de un negocio de tráfico*: Al ser la apariencia un esquema intelectual que racionaliza fenómenos de protección del tráfico, no cabe duda de que uno de sus elementos constitutivos debe ser, precisamente, la existencia de un negocio de tráfico y la consecuente situación de tercero de quien quiera en ella ampararse. Por ello, no están cubiertas por tal situación quienes adquieren el documento sin diferenciación material de intereses con el *tradens* (transmisión fiduciaria o por mandato) o por medios de derecho común (cesión, sucesión, etc.).
4. *Imputabilidad*: si bien corresponde descartar la necesidad de una voluntad (en el sentido del núcleo del concepto de acto jurídico), es necesario poder vincular la apariencia creada con el firmante a quien se le quieren imponer las consecuencias de aquélla. Para ello, resulta suficiente con un mínimo de voluntad, correspondiente en el CCyC a la requerida para el simple acto lícito (art. 258 CCyC).

---

<sup>127</sup> La concordancia con la normativa del CCyC la realizamos en la sección siguiente, de modo de evitar reiteraciones en la exposición.

<sup>128</sup> Con algunas variantes (particularmente para reflejar las previsiones de los arts. 1815 y ss. del CCyC), mantenemos en el desarrollo las ideas expuestas previamente en *Acciones...*, t. I, ps. 56 y ss., a su vez inspirado en el desarrollo de Paz-Ares (*La naturaleza...*, ps. 176 y ss.) y Hueck-Canaris (*Derecho...*, ps. 135 y ss.).



### 3. Los títulos valores y las excepciones oponibles: el art. 1821 del CCyC

La primera lectura del art. 1821 del CCyC puede causar cierta perplejidad en cuanto a las razones de su inclusión, y el significado o alcance de su contenido.

Dos interrogantes se manifiestan de manera evidente:

1. ¿La palabra “solo” implica determinar una referencia taxativa respecto de las excepciones oponibles?
2. ¿El término “portador” se refiere a cualquier portador del título valor, respecto de cualquier firmante?<sup>129</sup>

Para la primera cuestión, posiblemente la respuesta más adecuada al texto positivo es aceptar el carácter taxativo del elenco legal con reservas, admitiendo una razonable flexibilidad en la interpretación de algunas de las categorías de excepciones, que claramente lo requieren por su carácter<sup>130</sup>. Pero nótese que cualquiera sea la respuesta al interrogante formulado, la explicación subsiguiente respecto de la utilización de la apariencia como rasero para determinar el alcance de la oponibilidad de la excepción, es igualmente válida.

La segunda es más importante en tanto inquiriere acerca del alcance de la excepción (¿se puede oponer a cualquier portador?) y define en consecuencia el derecho de quien pretende ejercer el derecho incorporado al título valor.

A esta última pregunta, la doctrina responde normalmente con una clasificación de las excepciones en (i) reales y personales<sup>131</sup>; y (ii) objetivas y

---

<sup>129</sup> Esto es, tanto *inter partes* como *inter tertios*.

<sup>130</sup> Particularmente apta para tal fin es la referencia a la falta de legitimación del portado (art. 1821 inc. d).

<sup>131</sup> Se denominan reales a las excepciones que pueden ser oponibles a cualquier portador, y personales a las que sólo pueden oponerse a un portador, o a cierta categoría de personas.



# DECONOMI

subjetivas <sup>132</sup> . Y se elabora luego una combinación de ambos pares conceptuales, lo que resulta en cuatro categorías de excepciones<sup>133</sup>.

Esa taxonomía <sup>134</sup> , sin embargo, no ofrece base alguna para determinar si la excepción es oponible al tercero. Opera puramente por los efectos o consecuencias jurídicas, pero no ofrece ningún criterio material o sustantivo para determinar si una concreta defensa puede o no ser opuesta a un portador determinado.

Y en este punto, si se quiere tener una base sólida para la interpretación del art. 1821 del CCyC, corresponde formular una propuesta diferente, que considere dos cuestiones:

1. Si la defensa o excepción afecta el supuesto de hecho o fuente de la obligación *inter partes* o *inter tertios*.
2. Si la defensa o excepción se refiere al título valor o las relaciones personales, ajenas por hipótesis al título valor.

Sobre esa base, si partimos del dato positivo incontrovertible de la existencia de excepciones que no pueden oponerse, dadas ciertas condiciones, y de excepciones que sí pueden oponerse, se puede elaborar una clasificación bipartita fundada en criterios materiales de la afectación -o no- del derecho del tercer portador<sup>135</sup>.

De este modo:

---

<sup>132</sup> Son objetivas aquellas que pueden oponerse por cualquier firmante del título valor, y subjetivas las que solo se pueden hacer valer por un firmante, o cierta categoría de firmantes.

<sup>133</sup> Reales y objetivas; reales y subjetivas; personales y objetivas; y personales y subjetivas.

<sup>134</sup> Si bien es la clasificación más frecuente, no es la única elaborada por la doctrina. Para un panorama más amplio, incluyendo el desarrollo principal relacionado con el esquema cuatripartito indicado, ver Bergel, Salvador D. y Paolantonio, Martín E., *Acciones...*, t. I. ps. 233 y ss..

<sup>135</sup> Recuérdese que ese es el punto fundamental a determinar. La exclusión o inoponibilidad de excepciones sólo opera en el plano *inter tertios* de las relaciones jurídicas del título valor. Entre las partes, cualquier defensa existente es oponible, y nada aporte el régimen jurídico de los títulos valores en esa cuestión. Ver, de todos modos, la consideración en el texto principal sobre la tasa procesal de excepciones.



# DECONOMI

1. *Excepciones no excluibles*: son aquellas que el tercero, aun de buena fe, no puede limitar o excluir. Y ello, porque la defensa se vincula con la afectación de la situación de apariencia, que es la fuente de su derecho<sup>136</sup>.
2. *Excepciones excluibles*: son aquellas que el tercero puede limitar o excluir, por referirse a defectos del supuesto de hecho o fuente de la obligación *inter partes*<sup>137</sup>, o ser llanamente ajenas a las relaciones jurídicas aglutinadas por el título valor (el caso de las denominadas excepciones personales).

Establecidas las bases conceptuales para el análisis, abordamos ahora cada uno de los incisos del art. 1821 del CCyC.

### 3.1. Art. 1821 inc. a): excepciones personales

Como lo hemos señalado, la posibilidad de exclusión de excepciones por parte del portador del título valor requiere ineludiblemente –desde la perspectiva del ordenamiento sustancial – la calidad de tercero.

El texto “las personales que tiene respecto de él” se refiere a las relaciones jurídicas *inter partes*. Para la oposición al tercero, se requerirá la ausencia de buena fe (objetiva: art. 1816 del CCyC), y en ese caso la justificación de la inmunidad es la ajenidad de la relación personal respecto de las obligaciones incorporadas al título valor.

La norma hace la salvedad de las transmisiones en procuración o fiduciarias con finalidad análoga, en concordancia con la previsión del art. 1844 del CCyC.

Para ese supuesto, la oposición de la excepción se justifica en que la transmisión por mandato (o fiduciaria con finalidad análoga) no se corresponde

---

<sup>136</sup> Analizar la vinculación de la excepción con la fuente o supuesto de hecho de la obligación es el factor distintivo con la clasificación de excepciones en reales o personales, que a primera vista podría parecer similar, pero no lo es por la razón indicada.

<sup>137</sup> No desarrollamos en este trabajo esa cuestión, que tiene como alternativas a la declaración unilateral de voluntad o al contrato de entrega en la exposición de la doctrina alemana, con clara predominancia de esta última. Encarar ahora ese tema significaría un desvío importante sobre el objeto de este trabajo. Baste señalar que en la relación *inter partes* (donde como dato positivo incontrastable todas las excepciones son oponibles), no existe inconveniente alguno en admitir una fuente de obligaciones que tenga al elemento voluntad como núcleo.



con un interés económico propio del adquirente, lo que importa la ausencia del elemento *negocio de tráfico*. Es por ello que en este caso le serán oponibles al portador que así hubiere adquirido el título valor las excepciones personales de su transmitente, y no las que se verificaren a su respecto.

### **3.2. Art. 1821 inc. b): excepciones derivadas del tenor documental**

Las excepciones derivadas del tenor literal del documento (incluyendo a las que corresponden al instrumento de creación del título valor no cartular: art. 1850 del CCyC) no pueden ser excluidas por el tercero, con independencia de su estado subjetivo.

Se trata de las denominadas excepciones documentales, que son aquellas que denuncian la ausencia o defectuosa constitución de la *situación objetiva de apariencia*, que implica una divergencia entre el contenido de la pretensión del portador y el contenido de la obligación incorporada o correspondiente al título valor.

Se incluyen así en este inciso a los defectos de contenido mínimo del título valor, y en general toda discordancia entre la pretensión del portador y las circunstancias particulares de la obligación incorporada o correspondiente al título valor.

Respecto de los títulos valores cartulares, el inciso que comentamos es una manifestación directa de la nota de literalidad (art. 1831 CCyC).

### **3.3. Art. 1821 inc. c): excepciones derivadas de la falsedad de firma, defecto de representación o de capacidad**

Las defensas comprendidas en este inciso comprenden los casos en los cuales el mínimo de voluntad requerido para la imputación de la situación de apariencia no se verifica, lo que hace jurídicamente inviable la atribución de responsabilidad por el pago de la obligación incorporada o correspondiente al título valor a un sujeto determinado.



# DECONOMI

Se refieren al elemento *imputabilidad* (y por eso se las llama excepciones de imputación).

La relación de estas defensas con la apariencia es manifiesta: nótese que la falsedad consentida o asumida como propia, o el defecto de representación ratificado, hace inoponible a la excepción. Por ello la referencia normativa del inciso a “excepto que la autoría de la firma o de la declaración obligatoria sea consentida o asumida como propia o que la actuación del representante sea ratificada”.

### **3.4. Art. 1821 inc. d): excepciones derivadas de la falta de legitimación del portador**

La legitimación, o el carácter de portador legítimo (denominada a veces “legitimación formal”), es una circunstancia objetiva observable del documento, y en ese sentido, normalmente alcanzada por el inciso b) del art. 1821 del Código como excepción documental no excluible.

El inciso d) en análisis, debe ser interpretado de modo más amplio, para cubrir no sólo el defecto de legitimación formal (apartamiento de la ley de circulación del título valor), sino también las cuestiones que denuncien la ausencia de legitimación sustancial (la titularidad, o carácter de acreedor del reclamante).

Igualmente, creemos que es en esta norma donde cabe insertar a las vicisitudes de la adquisición del portador, que conforme a otras disposiciones del CCyC afectan la entidad de su derecho, las que en doctrina se presentan bajo la denominación de excepciones de tráfico, que justamente hacen manifiesta la *ausencia de negocio de tráfico*.

### **3.5. Art. 1821 inc. e): excepciones derivadas de la alteración del tenor documental**

La norma alcanza a los supuestos alteración del texto del título (títulos valores cartulares: art. 1832 del CCyC) o del documento inscripto conforme al art. 1850 (títulos valores no cartulares).



Son defensas vinculadas con la *situación objetiva de apariencia*, que tienen un alcance particular en su extensión en el supuesto del art. 1832 del CCyC La norma individualiza la solución prevista por el art. 1821 inc. b) – excepciones documentales–, pero debe tenerse presente que existe una regla particular de indispensable consideración para los títulos valores cartulares (art. 1832)<sup>138</sup>.

### **3.6. Art. 1821 inc. f): excepciones derivadas de la prescripción o caducidad**

Aunque se establece como un supuesto independiente, las defensas alcanzadas en este caso comparten la relación con el contenido o texto del documento y se vinculan en consecuencia con *la situación objetiva de apariencia*.

La prescripción aludida por la norma es la extintiva o liberatoria. Si bien aquella es común a cualquier obligación y es de origen legal, la caducidad del derecho puede tener origen convencional (art. 2568 del Código) y no es una nota propia de todos los títulos valores en el plano normativo.

### **3.7. Art. 1821 inc. g): excepciones derivadas de la cancelación del título valor o de la suspensión de su exigibilidad<sup>139</sup>**

La cancelación del título valor importa la anulación de la legitimación del portador, quien mantiene un derecho residual ajeno al título valor, para reembolsarse del cancelante.

En esta línea, la excepción de cancelación presenta rasgos comunes con la de ausencia de legitimación del inciso d) del artículo en análisis: la sentencia de cancelación reconstituye la legitimación formal del cancelante lo que supone que el entonces portador pierde –por efecto de la cancelación– esa calidad.

---

<sup>138</sup> La norma prevé que “en caso de alteración del texto de un título valor cartular, los firmantes posteriores quedan obligados en los términos del texto alterado; los firmantes anteriores están obligados en los términos del texto original”.

<sup>139</sup> Corresponde a los arts. 1852 y ss. del CCyC.



# DECONOMI

El caso es parcialmente diferente para los supuestos de suspensión: en esa circunstancia, se tratará de una excepción dilatoria sujeta al mantenimiento de la suspensión ordenada.

### **3.8. Art. 1821 inc. h): excepciones admisibles conforme las leyes procesales**

El último inciso del art. 1821 se refiere a las excepciones de carácter procesal que establezcan las leyes respectivas.

Adicionalmente a las excepciones específicamente procesales, la norma tiene su espacio propio particular en el ámbito de la vía ejecutiva, ya que variados títulos valores prevén el ejercicio de los derechos del acreedor por ese camino.

En tanto la regulación del proceso ejecutivo está reservada, conforme la división constitucional de competencias entre el ámbito nacional y provincial, la previsión del CCyC presta deferencia a esa cuestión.

Lo que la norma afirma en ese ámbito es que en los casos en los que los ordenamientos locales prevén limitación de excepciones –típico supuesto en el proceso ejecutivo–, esa circunstancia habrá de ser respetada y prevalecerá sobre el elenco de excepciones oponibles de los demás incisos del art. 1821.

En esos supuestos, la excepción sustancialmente admisible pero procesalmente negada (la denominada “tasa procesal” de excepciones), se podrá hacer valer por el proceso de conocimiento posterior que establezcan las normas procesales.

Ahora bien, dentro del elenco de excepciones admisibles conforme las disposiciones de los códigos de procedimientos locales, corresponderá indagar en cada caso sus características, para definir su posibilidad de exclusión (u oponibilidad), de conformidad con los criterios sustanciales expuestos.

## **4. A modo de conclusión**





# DECONOMI

La cuestión de las excepciones oponibles al portador del título valor es de indudable relevancia. Suficiente para justificar esa afirmación, es recordar que el núcleo de la categoría jurídica (arts. 1815, 1816, 1817 y 1819 del CCyC) es justamente la existencia de una situación singular de un adquirente de un derecho que exorbita la regla del *nemo plus iuris* (art. 399 del CCyC).

El art. 1821 del CCyC incorpora un elenco de excepciones oponibles, cuyo análisis es conveniente realizarlo con herramientas diferentes a las tradicionalmente utilizadas por la doctrina para considerar la cuestión.

En lugar de intentar una clasificación que -aunque indudablemente útil como criterio de ordenación- carece de fundamentos sustantivos, lo que proponemos es vincular el alcance de la excepción con la fuente de la obligación (en el plano *inter tertios*) del título valor.

Para ello, resulta primero necesario revisar críticamente la reiterada afirmación -que hoy en el CCyC es aun menos sustentable, si se mira la taxonomía de las fuentes de las obligaciones en el Título V del Libro Tercero- de que el hecho generador del deber en los títulos valores es (tanto *inter partes* como *inter tertios*) una declaración unilateral de voluntad.

Ese es un camino que emprendimos en desarrollos anteriores, aun bajo la vigencia del Código Civil derogado, en el sendero -hoy profundamente arraigado- de la doctrina alemana y española, pero ajeno a la italiana -y por reflejo, en los autores nacionales-.

Tal opción, ofrece herramientas de análisis que resultan particularmente útiles, en plena consistencia con el derecho positivo tal como se plasma en el CCyC.

Identificar a la apariencia jurídica como fuente de la obligación en la relación *inter tertios* (única donde hace sentido el análisis sustancial acerca de la inoponibilidad de excepciones), permite determinar el alcance de una excepción observando si aquélla afecta o no a la situación de apariencia.

Se obtiene así de manera simple -lo que es un valor agregado a la construcción jurídica, particularmente en una materia que históricamente ha



# DECONOMI

estado plagada de excesos y desarrollos totalmente artificiales- una respuesta al interrogante central acerca del alcance de una excepción o defensa.

Así, si la excepción o defensa afecta la situación de apariencia, el tercero -con independencia de su buena fe- no podrá excluir la oposición; pero será inmune en caso contrario.

Con ello, se agrega un instrumento adicional para la valoración del art. 1821 del CCyC y su enunciado de excepciones oponibles.

De todas maneras, la adecuada comprensión del régimen de excepciones oponibles requiere la consideración de cuestiones adicionales a la norma señalada, que incluyen el título oneroso, la buena fe en la adquisición, y el carácter típico del medio de adquisición<sup>140</sup>

---

<sup>140</sup> Cuestiones que integramos en Paolantonio, *El portador protegido...*, ya citado.



## ***“La (des)protección de las solicitudes de patentes”***

por Mónica Witthaus

El presente trabajo busca llamar la atención sobre el estado de desprotección que afecta a los inventores y titulares de solicitudes de patentes de invención durante el período más fructífero del invento, produciendo un grave daño a quienes han invertido su talento, tiempo y dinero en desarrollar un nuevo producto o procedimiento y desalentando la inversión en investigación y desarrollo. Esta situación afecta fundamentalmente a los pequeños inventores, ya sean personas físicas (inventores independientes) como PYMES titulares de inventos, dado que son quienes tienen menor capacidad económica para soportar la competencia desleal y muchas veces ruinosa por parte de quienes – sin hacer inversión alguna- se limitan a recoger los frutos que otros sembraron. Me refiero a quienes se dedican a copiar inventos publicados y aún no protegidos, que dada su absoluta novedad se encuentran en la “cresta de la ola”, en el mejor período del invento, que es el inicial, ya que la rapidez del avance tecnológico hace que frecuentemente surjan desarrollos alternativos que lo reemplacen o lo transformen en obsoleto.

A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos en nuestro país la legislación vigente no brinda una respuesta adecuada a esta situación dejando inermes a los inventores y a quienes invierten en I + D, que es a quienes se pretende alentar.

### **LA PATENTE DE INVENCION. FINALIDAD DEL INSTITUTO**

La patente de invención constituye el título de propiedad mediante el cual se reconoce el derecho exclusivo del inventor o sus causahabientes sobre un invento protegido. Este instituto se trata de una importantísima herramienta de derecho económico, en tanto premia el esfuerzo de quienes hacen un aporte al desarrollo tecnológico invirtiendo en ello su ingenio, talento, tiempo y/o sus medios económicos a fin de incentivar tales conductas. El derecho de la propiedad intelectual, campo en que se inscribe el derecho de la propiedad industrial, es uno de los pocos ámbitos en el sistema jurídico en que éste se vale



# DECONOMI

de incentivos y premios y no de castigos para motivar la conducta de los ciudadanos.

Quienes se oponen a los derechos exclusivos previstos en el sistema de propiedad intelectual suelen esgrimir el argumento que tales incentivos –que obviamente no son gratuitos para la sociedad – serían innecesarios, dado que quien lleva en sí el fuego de la creación, quien siente la necesidad de crear o inventar – lo haría aún sin la existencia de los derechos exclusivos que se le reconocen. El artista que siente la urgencia de plasmar su cosmovisión, sus ideas y sus sentimientos en una obra lo haría aún sin la protección del derecho de autor; el inventor, que se siente desafiado por un problema técnico sin resolver, intentaría darle respuesta aún sin la existencia del derecho de patentes. Esto que eventualmente podría ser cierto con respecto al autor o al inventor no tiene por qué serlo con relación al inversor, casi siempre necesario para que un invento llegue a perfeccionarse al punto de poder aspirar a la protección de una patente de invención. En el actual estado de la técnica la mayoría de los inventos no se desarrollan en la cocina o el garaje del inventor sino en laboratorios equipados con aparatos de alta complejidad, muchas veces con importantes condiciones de bioseguridad, y luego de un esfuerzo incesante de grupos de científicos que cuentan con asistentes, pasantes, empleados, etc. Todo ello implica importantísimas inversiones a lo largo de largos períodos de tiempo – muchas veces de largos años-. Si deseamos llevar al inversor, quien arriesga su capital con el incentivo de una ganancia o en el peor de los casos de conservar el valor de su dinero, a que se arriesgue eligiendo las acciones de la empresa que está intentando desarrollar un combustible no contaminante o el laboratorio que está trabajando en encontrar la cura a la esclerosis lateral amiotrófica aguda en lugar de inclinarse por una inversión muchísimo más segura adquiriendo las de una sociedad avocada a la fabricación de productos ya conocidos y exitosos dicha inversión, debe ofrecer algún atractivo. Es lo que se pretende a través del derecho de patentes, que premia al titular de un nuevo invento con un período de exclusividad en la fabricación, comercialización, importación del producto o procedimiento en cuestión.

Como se dijo anteriormente este premio tiene un costo social. El período de exclusividad brindado por la patente de invención a aquellos inventos



# DECONOMI

que cumplan los requisitos establecidos por la ley implica, que, durante ese lapso solo él podrá explotar el invento. El derecho de patentes –y el derecho de propiedad intelectual en sentido amplio- está en constante tensión con el derecho de defensa de la competencia, es una excepción a la libre competencia. Se ha dicho que el derecho de patentes constituye una excepción a la competencia en beneficio de la competencia: Szpektor cita a Lehmann quien señala que las restricciones a la competencia en el nivel de la producción producto de los derechos de propiedad industrial aseguran la competencia en el nivel de la innovación. Sin un sistema de patentes, por ejemplo, nadie asumiría afrontar los costos de la innovación, dado que sería más sencillo y económicamente racional esperar que estos sean soportados por otro para luego usufructuarlos en forma gratuita. No obstante, es cierto que el inventor no crea *ex nihilo*, sino en base a conocimientos técnicos preexistentes en la sociedad. Es por ello que en las legislaciones sobre patentes se prevé que luego de expirado su plazo de vigencia las mismas queden en el dominio público. El carácter limitado en el tiempo de los derechos de patentes también se justifica en que es dable suponer que luego de un tiempo otro hubiera ideado un invento similar, con lo que el límite temporal del derecho resultaría de calcular cuánto llevaría hacer un desarrollo independiente en ausencia del conocimiento de la invención.

El incentivo de la patente se otorga solamente a aquellos inventos que justifican el costo de la exclusividad otorgada. Los productos o procedimientos protegidos por patentes de invención constituyen una ínfima porción de aquellos que nos rodean, ya que las exigencias para obtener una patente son sumamente altas y tan solo obtendrán este premio desarrollos que se encuentran realmente en la “punta del iceberg” de la tecnología a nivel mundial. Entre los requisitos exigidos está la novedad universal y la actividad inventiva: tan solo obtendrán esta protección las invenciones universalmente nuevas (que no se hayan dado a conocer previamente en ningún lugar del mundo) y que no se deduzcan en forma obvia de lo preexistente. De este modo se cumple con la doble finalidad de incentivar la creatividad y la inversión en el campo de la tecnología y de no restringir excesivamente la competencia, dado que solo se premia aquello que introduce una novedad de gran importancia, que significa un paso adelante en la tecnología que sin el inventor no hubiera existido.



## **OBTENCIÓN DE LA PATENTE DE INVENCION: REQUISITOS Y TRÁMITE**

En nuestro país este punto se encuentra regulado por la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad N° 24.481 modificada por las leyes 24.572, 25.859 y 27.444. Tan solo obtendrán el derecho exclusivo con que la ley de patentes premia a los inventos aquellas creaciones que cumplan los estrictísimos requisitos del art. 4 de la ley y culminen exitosamente el trámite previsto, que incluye un riguroso examen de fondo tendiente a comprobar dicho extremo.

Baste recordar que el requisito de novedad universal es tal que la mera presencia durante un solo día de una publicación que describe el invento en una biblioteca accesible al público es suficiente para hacer ingresar el invento en el estado de la técnica y destruirla, sin necesidad de que persona alguna efectivamente haya consultado dicha publicación. La composición química de un producto que se ha vendido, aunque sea una sola vez, se considera disponible si éste puede ser analizado. El requisito de actividad inventiva excluye de la posibilidad de la protección a aquellos desarrollos que constituyen el próximo paso esperable atento a la dirección en que avanza el campo de la tecnología en cuestión, no se premia aquello que constituye el próximo paso obvio para un especialista en la materia, se requiere un salto cualitativo, algo que sin el inventor no hubiera llegado a existir o que sin su intervención hubiera tardado larguísimo tiempo en ser desarrollado. Finalmente debe tratarse de un producto o procedimiento de aplicación industrial, no se protegen ideas o teorías científicas – que son disponibles y no apropiables a fin de posibilitar el avance científico y tecnológico - sino su aplicación concreta plasmada en un producto o proceso industrial.

A fin de establecer el cumplimiento de estos requisitos la ley de patentes prevé un proceso que incluye el examen preliminar y el examen de fondo de la solicitud de patente así como su publicación en el boletín de patentes a fin de posibilitar a los terceros la presentación de observaciones. Este análisis - en que debe compararse al invento cuya protección se solicita con el estado de



# DECONOMI

la técnica, es decir con “el conjunto de conocimientos técnicos que se han hecho públicos antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero”, lo que en la práctica implica una búsqueda internacional en bases de datos especializadas y el posterior análisis de los resultados por parte de examinadores de las más diferentes ramas de la ciencia y la técnica.

Este análisis frecuentemente dará lugar a vistas por parte de los examinadores, tendientes a que el solicitante haga su descargo frente a la cita de antecedentes (en general solicitudes de patentes o patentes anteriores así como publicaciones técnicas o científicas) que el examinador considera pasibles de destruir la novedad del invento o poner en tela de juicio la existencia de actividad inventiva.

Es obvio entonces que el procedimiento tendiente a obtener la patente no es corto. Este es un fenómeno común a la mayoría de los países del mundo, desarrollados o no, y nuestro país no es la excepción. La duración del trámite es directamente proporcional a la complejidad del invento: una invención en el campo de la biotecnología tendrá en principio un camino más largo que un invento en el campo de la mecánica. De acuerdo a lo informado por el INPI en el año 2021 el promedio fue de 4,6 años para áreas no químicas y 7,79 años para áreas químicas. En casos complejos en que se corren vistas, no es extraño que las solicitudes de patente tramiten 10 años o más.

## **VIGENCIA DE LAS PATENTES DE INVENCION**

La vigencia del derecho exclusivo conferido por la patente de invención es de 20 años improrrogables a contar desde la fecha de la solicitud de patente, conforme lo prevé el artículo 35 de la ley, y de acuerdo al mínimo establecido en el TRIPS' / ADPIC. La antigua ley 111 preveía un plazo de 5, 10 o 15 años, según el mérito del invento, a contar desde la concesión de la patente. La introducción de esta nueva manera de contar el plazo, es decir el poner como punto inicial el día de la solicitud es relevante para este análisis. En efecto, si la patente aún no concedida queda al margen de toda protección, el criterio



# DECONOMI

introducido por la ley implica que la vigencia de la patente comienza a consumirse desde antes de que ésta comience a surtir efecto, podríamos decir que comienza a morir antes de nacer.

Este fenómeno no es exclusivo de nuestro país, ya que prácticamente todos los países del mundo son signatarios del TRIPS y lo normal es que el trámite de una patente de invención dure varios años.

## **PATENTE CONCEDIDA Y SOLICITUD DE PATENTE:**

### **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL TITULAR**

De acuerdo al art. 8 de nuestra ley de patentes, que en este punto no difiere de lo que prevén otras legislaciones, la patente otorga los siguientes derechos:

*“a) Cuando la materia de la patente sea un producto, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación del producto objeto de la patente;*

*b) Cuando la materia de la patente sea un procedimiento, el titular de una patente de procedimiento tendrá derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de: uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento.”*

Los arts. 75 y siguientes prevén acciones civiles y penales contra quienes violen los derechos del titular de la patente, contemplándose medidas cautelares (art 83) y un incidente de explotación (art. 87). De este modo se asegura la observancia de los derechos exclusivos del patentado.

Si recordamos lo dicho anteriormente con relación a la duración del trámite tendiente a obtener la patente y tenemos en cuenta la rapidez de los desarrollos tecnológicos, que contrastan con la duración del trámite de solicitud de patente, no podemos sino preguntarnos sobre la suerte de quien durante el período de obtención de la patente, que en invenciones de alta complejidad bien puede superar los diez años, se ve afectado por una infracción a sus derechos exclusivos.





# DECONOMI

La respuesta que da nuestra ley al damnificado dista mucho de ser satisfactoria:

Nada dice la norma acerca de los derechos del solicitante de una patente de invención; por lo que lo relativo a los derechos del inventor durante el proceso de concesión de la patente carece de regulación normativa expresa. Una interpretación literal o restrictiva de la ley lo privará de su amparo en el momento de mayor exposición frente a los falsificadores e infractores, quienes, al carecer de toda necesidad de inversión en investigación y desarrollo, pueden reproducir esos inventos en su época más fructífera. En diversos fallos se ha resuelto negar protección provisoria a las solicitudes de patentes en el período comprendido entre la publicación y la concesión (ver infra).

Debemos analizar entonces si existe otra interpretación posible de nuestra legislación, que brinde una respuesta más satisfactoria al titular de la solicitud de patente.

En este sentido cabe citar en primer lugar el artículo 17 de nuestra Constitución Nacional, que se refiere al “inventor” y no al “patentado” cuando dice: *“Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley.”* El derecho del inventor es de raigambre constitucional, el “término que le acuerde la ley” es el de 20 años a partir de la presentación de la solicitud establecido en el art. 35 de la ley de patentes y no uno menor.

El artículo 75 de la LP, si bien está incluido en el “TITULO VI VIOLACION DE LOS DERECHOS CONFERIDOS POR LA PATENTE Y EL MODELO DE

UTILIDAD” también se refiere al inventor y no al patentado cuando dispone: *“La defraudación de los derechos del inventor será reputada delito de falsificación y castigada con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años y multa”.*

El artículo 77 reza: *“Sufrirá la misma pena aumentada en un tercio:*

- a) *El que fuera socio, mandatario, asesor, empleado u obrero del inventor o sus causahabientes y usurpe o divulgue el invento aún no protegido;*



# DECONOMI

b) *El que corrompiendo al socio, mandatario, asesor, empleado u obrero del inventor o de sus causahabientes obtuviera la revelación del invento;.....”*

Sobre todo en el caso de este último artículo se prevé una protección para quien aún no obtuvo la patente, incluso aquél que aún no la solicitó, agravándose la pena en virtud de la especial relación entre el infractor y el inventor. Dichas conductas serán castigadas con la misma pena que las previstas en el art. 75, pero aumentadas en un tercio, debido al vínculo que une al autor con el inventor.

Si bien estas normas a la luz de lo dispuesto por el art. 17 CN hacen posible una interpretación tendiente a proteger al solicitante, es cierto que no es la única lectura posible, ya que de acuerdo al art 19 CN *“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”* y se ha argumentado que la exclusividad otorgada por las patentes es una excepción al derecho de libre competencia, y la jurisprudencia -basándose en un apego al texto de la ley - se ha inclinado por negar protección a las solicitudes de patentes.

Así se ha dicho que:

*“V. Cabe señalar que la protección que da el patentamiento de un producto, se inicia desde el momento que se concede la patente y no existe disposición sobre los derechos del patentado frente al aprovechamiento no autorizado de su invento durante el período comprendido entre la publicación de la solicitud y la concesión de la patente (Cabanellas de las Cuevas, Guillermo “Derecho de las patentes de Invención” T. II pág. 250).*

*En muchos países, este problema fue resuelto a través de la denominada “protección provisoria”. Así, en diversas legislaciones, se establece que el inventor tiene derecho -sujeto a que la patente sea finalmente concedida- a reclamar daños y perjuicios por las infracciones cometidas desde el momento de la publicación de la solicitud, o incluso antes, si se notifica fehacientemente la existencia de la solicitud al presunto infractor (HOSS, Eugenio “Duración de las patentes” en LA LEY 2010-B, 786).*

*En nuestro país, en cambio, no hay ninguna norma relativa a esta cuestión. Sin embargo, varios autores ya han manifestado que se debería*



# DECONOMI

*reconocer una protección semejante (Poli, Iván A., “Comentario al Proyecto de Ley de Patentes de Invención”, edición del autor, Buenos Aires, 1992, p. 44; Gallo, Carlos María, “Las patentes y el art. 17 de la Constitución Nacional. Ensayo sobre la protección de las patentes antes de su concesión”, en EIDial.com, DCF7D, publicado el 30/10/2008; Mitelman, Carlos, “Invenciones ´de hecho´”, en La Ley, 2009-C, 1148).*

*Lo cierto es que -como ha quedado dicho- el ordenamiento de patentes que rige en la Argentina no concede ningún derecho al inventor durante el trámite del patentamiento, ya que la protección surge desde el momento de la concesión de la patente.” Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal (Julio 3 de 2012, Causa No 11.565/07 NOVARTIS AG c. LABORATORIOS LKM SA.) .*

En el mismo sentido decidió la C Fed. de Rosario (Marzo 3 de 2017, Causa Nº 91006692/2010 MARTÍNEZ Y STANECK S.A. Y CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ C/ AGROAR MÁQUINAS AGRÍCOLAS S.A. S/ ORDINARIO) , en que se decidió que “*el período para considerar la determinación de los daños comienza desde la concesión de la patente*”. Si bien en este caso existieron también otras consideraciones, dado que la patente en cuestión se debía registrar por la ley 111, que no preveía la publicación previa a la concesión como lo hace el texto actualmente vigente.

Esta interpretación de la ley de patentes, apegada al texto de la norma pero no a su espíritu, tendiente a premiar y alentar a quienes producen tecnología o invierten en su desarrollo, deja inerte al inventor durante el período técnico y económicamente más importante de la vida de su invento, cuando la solución desarrollada aún es nueva y con ello hace que -al menos en lo referido a los derechos sobre las invenciones – el art. 17 CN sea casi letra muerta, o al menos se vea muy debilitado.

## **DERECHO COMPARADO**

La problemática abordada – la necesidad de dar una respuesta al titular de una solicitud de patente durante los a veces largos años del trámite que lleva a la obtención de la patente- dista mucho de ser exclusivamente argentina. El camino a la patente es largo en casi todos los países del mundo, como



# DECONOMI

consecuencia del examen de fondo previsto y del alto nivel exigido para la obtención de una patente, que hace que el análisis a llevar a cabo por los examinadores no sea sencillo, que sean frecuentes las vistas y que en muchos países no haya suficientes examinadores para algunos campos muy específicos (biotecnología, etc.).

Es por ello que en muchos de estos países se prevé una protección provisoria para el titular de la solicitud de patente a partir del momento de su publicación o eventualmente desde el momento anterior en que el infractor haya tomado conocimiento de la misma, que se traduce en que el momento inicial a tener en cuenta para establecer los daños y perjuicios se retrotrae a dicha fecha, incluyendo en el cómputo la explotación que hubiera tenido lugar durante el período anterior a la concesión de la patente.

La ley española en su artículo 67 prevé la protección provisional para el invento objeto de una solicitud de patente:

## *Artículo 67. Protección provisional.*

- 1. A partir de la fecha de su publicación, la solicitud de patente confiere a su titular una protección provisional consistente en el derecho a exigir una indemnización, razonable y adecuada a las circunstancias, de cualquier tercero que, entre aquella fecha y la fecha de publicación de la mención de que la patente ha sido concedida hubiera llevado a cabo una utilización de la invención que después de ese período estaría prohibida en virtud de la patente.*
- 2. Esa misma protección provisional será aplicable aun antes de la publicación de la solicitud frente a la persona a quien se hubiera notificado la presentación y el contenido de ésta.*
- 3. Cuando el objeto de la solicitud de patente esté constituido por un procedimiento relativo a un microorganismo, la protección provisional comenzará solamente desde que el microorganismo haya sido hecho accesible al público. Se entiende que la solicitud de patente no ha tenido nunca los efectos previstos en los apartados anteriores cuando hubiera sido o se considere retirada, o cuando hubiere sido denegada o revocada en virtud de una resolución firme.*



# DECONOMI

En la práctica el titular de la solicitud de patente intima al presunto infractor a cesar en el uso del invento objeto de la solicitud de patentes, aclarando que se reclamarán daños y perjuicios desde la publicación de la misma o desde el momento anterior en que el infractor hubiera entrado en conocimiento del invento. Una vez concedida la patente y analizada en cuanto a su validez, es decir en cuanto a que no será anulada frente a un requerimiento de la contraparte, se inicia la correspondiente demanda por daños y perjuicios.

La solución de la ley alemana es similar:

*Artículo 33:*

*(1) A partir de la publicación del anuncio conforme al artículo 32 apartado 5, el solicitante puede reclamar una indemnización adecuada a las circunstancias de aquél que hizo uso del objeto de la solicitud de patente a pesar de que sabía o debía saber que el invento por él usado era objeto de una solicitud de patente. Se excluyen otros reclamos.*

*(2) El reclamo no procede cuando es obvio que el objeto de la solicitud no es patentable.*

En este último caso se incluye además un apartado (3) con disposiciones relativas a la prescripción, que comenzará a correr no antes de un año a partir de la concesión de la patente, disponiéndose además que si el infractor se hubiera beneficiado en base al uso indebido del invento, estará obligado a restituir en base a las disposiciones sobre el enriquecimiento sin causa aún después de operada la prescripción correspondiente a los daños y perjuicios (art. 852 del Código Civil alemán)

En la práctica el titular de la solicitud de patente suele poner al presunto infractor en conocimiento de la solicitud de patente, dándole la oportunidad de explicar su conducta. Una vez concedida la patente y luego de un análisis de la validez de la misma – es decir una vez establecer con seguridad suficiente que la misma resistiría un contraataque por nulidad de patente – se inician las acciones contra el infractor, quien deberá indemnizar también por el uso efectuado antes de la concesión de la misma. En general los solicitantes y sus representantes se abstienen de reclamos apresurados dado que –en caso en que el presunto infractor hubiera cesado en su explotación en base a una



# DECONOMI

intimación- y luego la patente no se concediera o fuera anulada-, podría a su vez reclamar daños y perjuicios.

También en América Latina encontramos regulaciones similares. Cabe citar a modo de ejemplo los casos de Brasil, Chile y México.

En Brasil la ley 9279, que regula los derechos y obligaciones relativos a la propiedad industrial, dispone que:

*Art. 44 - El titular de la patente tiene asegurado el derecho a obtener una indemnización por la explotación indebida de su objeto, incluso con respecto a la explotación que se produzca entre la fecha de publicación de la solicitud y la de concesión de la patente.*

*§ 1 Si el infractor ha obtenido, por cualquier medio, el conocimiento del contenido de la solicitud presentada, antes de la publicación, el período de explotación indebida se contará a efectos de la indemnización desde la fecha de inicio de la explotación.*

*§ 2 Cuando el objeto de una solicitud de patente se refiera a materia biológica, presentada en forma de párrafo único del art. 24, el derecho a la indemnización sólo se conferirá cuando el material biológico haya pasado a ser accesible al público.*

*§ 3 El derecho a obtener una indemnización por explotación indebida, incluso con respecto al período anterior a la concesión de la patente, se limita al contenido de su objeto, según lo dispuesto en el art. 41.<sup>141</sup>*

El solicitante es titular de un derecho en expectativa y en base a esta disposición puede enviar una intimación al presunto infractor a fin de establecer la fecha inicial para el cálculo indemnizatorio. Una vez concedida la patente tendrá expedita la vía para accionar por daños y perjuicios contemplando también el período anterior a la concesión de la patente.

En Chile, la ley de propiedad industrial prevé que se condene a los infractores al pago de multa a beneficio fiscal, costas, daños y perjuicios causados al titular, protegiendo también al solicitante:

---

<sup>141</sup> Art 41: El alcance de la protección conferida por la patente estará determinado por el contenido de las reivindicaciones, interpretadas sobre la base de la memoria descriptiva y los planos.



# DECONOMI

*Art. 52 inc. d) Los que maliciosamente imiten o hagan uso de un invento con solicitud de patente en trámite, a menos que, en definitiva, la patente no sea concedida.*

Frente a la presunta infracción de un tercero, los titulares de solicitudes de patentes en trámite pueden enviar una intimación, pero esto no es obligatorio y el no hacerlo no condiciona en nada sus derechos en una futura demanda. La intimación es un recurso de interés, ya que, una vez recibida la misma el infractor no podrá alegar su buena fe.

Para poder ejercer acciones penales – a diferencia de las acciones civiles – es necesario cumplir con la disposición del artículo 53 de la Ley que establece:

*Todo objeto patentado deberá llevar la indicación del número de patente [...] anteponiéndose “Patente de Invención” o “P.I” indicar [...]. Cuando existan solicitudes en trámite, deberá indicar esa situación, en el caso que se fabriquen o comercialicen con fines comerciales los productos a los que afecta dicha solicitud.*

Los daños y perjuicios demandados podrán abarcar todo el tiempo que medie entre la presentación de la solicitud y el cese en el uso del invento.

En México, la Ley Federal de Protección de la Propiedad Industrial dispone:

*Artículo 56.- El titular de la patente después de otorgada ésta, podrá reclamar el pago de daños y perjuicios a terceros que antes del otorgamiento hubieren explotado sin su consentimiento la invención patentada, cuando dicha explotación se haya realizado después de la fecha en que surta efectos la publicación de la solicitud en términos del artículo 107 de esta Ley.*

## **PROYECTOS DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE PATENTES ARGENTINA**

En nuestro país hubo varios intentos de solucionar esta omisión introduciendo una modificación en la ley de patentes de invención.



# DECONOMI

El proyecto presentado por el Senador José Luis Gioja ante el Senado bajo el Número S213/03<sup>142</sup> reproducido por el proyecto S 230/06 presentado por el Senador César Ambrosio Gioja y vuelto a presentar reiteradas veces por el Diputado Juan Carlos Gioja ( Exp – Dip 1597-D-05; Exp-Dip 1284-D-08; Exp-Dip 2249 -D-10)<sup>143</sup> preveía la reforma de los artículos 36, 25 y 11 de la Ley de Patentes introduciendo el siguiente texto:

*Artículo 36 bis: A partir de la fecha de su publicación –de acuerdo con el artículo 26-, la solicitud de patente confiere a su titular una protección provisional, consistente en el derecho a exigir una indemnización razonable y adecuada a las circunstancias de cualquier tercero que, entre aquella fecha y la fecha de publicación del anuncio de la concesión de la patente de invención indicada en el artículo 32, hubiera llevado a cabo una utilización de la invención que después de ese periodo estaría prohibida en virtud de la patente.*

*Esa misma protección provisional será aplicable aun antes de la publicación de la solicitud, frente a la persona a quien se hubiera notificado la presentación y contenido de ésta. Cuando el objeto de la solicitud de patente esté constituido por un microorganismo o un procedimiento relativo a éste, la protección provisional comenzará solamente desde que el microorganismo haya sido hecho accesible al público.*

*Se entiende que la solicitud de patente no ha tenido nunca los efectos previstos en las previsiones anteriores, cuando hubiera sido o se considere retirada, o cuando hubiere sido rechazada en virtud de una resolución firme.*

*Artículo 11 bis: Para el período anterior a la concesión definido en el artículo*

*36 bis, la extensión de la protección se determina por las reivindicaciones contenidas en la solicitud de patente, tal como ésta hubiera sido publicada en los términos del artículo 26. Sin embargo, será la concesión definitiva de la patente la que determinará con carácter retroactivo la protección mencionada, siempre que ésta no hubiera sido ampliada, en cuyo caso la*

---

<sup>142</sup> Vínculo al texto publicado en la página web del H. Senado:

<https://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2313.03/S/PL>

<sup>143</sup> Según información brindada por la Dirección de Información Parlamentaria de la H Cámara de Diputados.





# DECONOMI

*protección no se extenderá a las ampliaciones o enmiendas realizadas durante el trámite que llevó a la concesión definitiva.*

*Segundo párrafo del artículo 25 de la ley 24,481: Cuando un tercero hubiera sido requerido en los términos del segundo párrafo del artículo 36 bis, podrá exigir*

*–previa acreditación de dicha circunstancia– a la Administración Nacional de Patentes que se le exhiba el expediente de solicitud de patente en cuestión para su consulta, a los efectos de plantear las defensas que pudiera considerarse con derecho.*

En la nota de elevación de dicho proyecto se alude al atraso del INPI en la tramitación de las patentes, a la obligación de publicar la solicitud de patente en trámite lo que implica que *“a partir de la publicación la invención se encuentra en el conocimiento público y no hay ninguna protección a los derechos del inventor. No es posible entablar ninguna acción defensiva, ya que para entablar acciones legales de fondo (artículo 81) o cautelares (artículo 83) es requisito ineludible la presentación del certificado o título de patente de invención.”* Se hace referencia a las nefastas consecuencias de esta falta de protección al señalar que *“las inversiones realizadas en innovación tecnológica se desvanecen por la imposibilidad de defensa de los derechos”*.

Se prevé una protección provisoria para el solicitante compensándolo por una lesión que no puede hacer cesar, ya que las medidas tendientes al cese de la infracción, embargo de los objetos producidos o importados, etc. requieren que el actor sea titular de una patente concedida. Por ello lo que aquí se prevé es una indemnización por el daño producido por el infractor en la medida en que haya realizado actos que estarían prohibidos luego de la concesión.

Para el caso en que estemos frente a una solicitud aún no publicada, se incluye una excepción a la confidencialidad del expediente de solicitud de patente de invención durante el período previo a su publicación, a fin de que el presunto infractor pueda consultarlo y valorar el invento que se intenta proteger y sus posibilidades de que se conceda una patente, ya que, en caso de que la misma no sea concedida o la solicitud sea desistida, su titular no tendrá derecho



# DECONOMI

alguno a reclamar la indemnización prevista. Lo mismo ocurre en caso de declararse nula la patente concedida, en cuyo caso eventualmente el presunto infractor -que en este supuesto no sería tal- podría a su vez reclamar daños y perjuicios si hubiere cesado en su explotación frente a una intimación infundada o limitado de algún modo su actividad industrial o comercial. La valoración de la solicitud es indispensable pues, a efectos de que el presunto infractor pueda definir su estrategia futura.

Finalmente se establece que a efectos de establecer el alcance de la protección provisional se tomarán en cuenta las reivindicaciones de la solicitud de patente, tal cual hubieran sido publicadas y si aún no lo hubieran sido, conforme a la solicitud. En caso en que a lo largo del trámite se hubieran introducido cambios que modificaran su alcance, reduciéndolo – la ley veda cualquier modificación que pudiera ampliar el objeto de la solicitud de patente- será éste el alcance a tener en cuenta. El texto propuesto se inspira en la Ley española de patentes, que fue tomada como base al dictar la nuestra que no obstante omitió incluir una disposición relativa a la protección provisoria.

Esta iniciativa, tendiente a paliar un problema gravísimo recurriendo a una solución prevista en muchos sistemas jurídicos - también en América Latina- lamentablemente hasta el día de la fecha no ha logrado plasmarse en una nueva ley, ya que las sucesivas nuevas presentaciones han ido perdiendo estado parlamentario.

## **CONCLUSIÓN**

La falta de inclusión en nuestra ley de patentes de invención de una norma específica tendiente a proteger las solicitudes de patente durante el – a veces muy largo – período del trámite, en especial en el lapso posterior a la publicación de las mismas, constituye un claro desaliento a la inversión en investigación y desarrollo. Cabe recordar que la vigencia de la patente es de 20 años a partir del momento de su solicitud -no de su concesión- con lo que en la práctica esta falencia acorta dicho período, que en el caso de patentes complejas puede quedar reducido a la mitad, ya que parece curioso hablar de “vigencia” de



# DECONOMI

un derecho exclusivo cuyo titular no puede defenderlo contra quienes lo infringen.

La imposibilidad de la captura de valor hace que quienes invierten su talento, tiempo y/o recursos económicos en desarrollar una nueva solución a un problema técnico o en mejorar las soluciones existentes estén en clara desventaja frente a quienes se limitan a copiar desarrollos de terceros. Basta con buscar en el boletín de patentes las publicaciones de los últimos inventos relativos a la rama de la técnica de interés, consultar el expediente, que a partir de allí es público, estudiarlo y producir el producto o poner en práctica el procedimiento objeto de la solicitud en cuestión. Quien haga esto podrá ofrecer el producto a un precio menor (ya que no hay gastos de desarrollo que amortizar) y a veces aún antes que el inventor. Piénsese en una empresa grande con instalaciones ya existentes frente a un inventor unipersonal o a una pyme que deberá buscar una alianza o un licenciatarío para poder explotar el invento.

El mensaje es claro: desde un punto de vista estrictamente económico, evaluando riesgos, costos y posibles beneficios, en el marco de la legislación existente lo más racional es la copia. No se corre riesgo alguno, no hay gastos de inversión y desarrollo y -para el momento en que la explotación se torne en ilícita porque el inventor haya obtenido la patente- ya habrá ganado lo suficiente en base al esfuerzo ajeno. La falta de protección al solicitante no solamente desalienta el esfuerzo creativo y la inversión de riesgo sino que alienta el enriquecimiento sin causa.

Esta situación debería ser resuelta mediante una reforma a la ley de patentes de invención posibilitando al titular de la solicitud de patente intimar a quien copia el objeto de la solicitud una vez publicada ésta o aún antes si el tercero hubiera tenido conocimiento del invento, a fin de establecer un punto inicial para la indemnización a reclamar una vez otorgada la patente. Esto protege al titular sin que ello signifique una limitación indebida de derechos de terceros ni de la competencia. No se trata aquí de conceder medidas cautelares ni ordenar ceses de uso apresurados en base a un derecho en expectativa, a un invento cuyo mérito quizá aún no ha sido examinado. Quien es objeto de la intimación podrá analizar el expediente de la solicitud de patente de invención – público luego de la publicación de la solicitud o puesto a su disposición aún antes



# DECONOMI

en el caso específico- y establecer si ésta tiene o no chances de prosperar a fin de decidir si continúa o no con su explotación. Tal como ha sucedido en los países en que existe esta previsión los solicitantes solamente pretenderán hacer cesar en el uso al imitador cuando a su entender tuvieran buenas chances de obtener una patente, a fin de evitar acciones en su contra por parte del intimado.

Se trata pues de una solución equitativa, que contempla adecuadamente los intereses de las partes y pone fin a una situación a todas luces perjudicial para los inventores y todos aquellos que invierten en I + D y en consecuencia para el desarrollo de nuestro país.

