

Doctrina

Responsabilidad civil de los *exchanges* de criptomonedas (CEX y DEX)



María Milagros Santamaría

Abogada especializada en nuevas tecnologías y Web3. Miembro de la consultoría Jurídica de One Big Lab y departamento de legales de OpenVino. *Alumni* de Oxford Blockchain Strategy Program.

SUMARIO: I. Responsabilidad civil y *blockchain*.— II. ¿Qué es una criptomoneda?.— III. ¿Qué es un *exchange*?.— IV. De la centralización a la descentralización.— V. Conclusiones.

Los hechos anteceden al derecho.

Las situaciones fácticas que hoy acompañan las nuevas tecnologías disruptivas apalancadas en *blockchain* nos presentan nuevos e impensados escenarios, modelos de negocios y relaciones interpersonales.

La compraventa de criptomonedas, su negociación y custodia, se ha vuelto más que uno, el más importante de los servicios iniciales del mundo cripto. Los “gatekeepers” para ingresar en el nuevo ecosistema de la Web3.

Nos preguntamos: ¿cómo puede encararse la responsabilidad civil que deriva del operar de *exchanges* de criptomonedas, tanto centralizados como descentralizados?

Un *exchange*, o su traducción es español “intercambio”, se refiere a una plataforma existente en *blockchain* que funciona como una casa de cambio pero que, en lugar de dedicarse única y por lo que conocemos tradicionalmente, al intercambio de monedas *fiat*, se dedica al intercambio de criptomonedas.

Los *exchanges* existen en todo el mundo, y Argentina no es su excepción. La escasa y a veces ambigua o inexistente regulación de los *exchanges* en las diversas jurisdicciones nos hace entrar en dudas sobre cómo operan y qué seguridad jurídica aportan a sus usuarios e inversores.

Exchanges grandes como Coinbase (1) y Binance (2) son de los más conocidos. En Argentina ya existen algunos operando y que permiten el depósito de moneda argentina, como SatoshiTango (3) [cuyo nombre hace directa referencia al creador de Bitcoin tras la publicación del *white paper*

del 2008 (4)]. El que cada vez se popularicen más estas prácticas tiene sentido ante un pueblo argentino acostumbrado a ahorrar en todo menos en pesos, sumado a un dólar con cada vez más inflación (haciendo alusión a la creciente y alarmante inflación norteamericana) e inestabilidad, cada vez menos atractiva (5).

Más allá de encontrarnos en la actualidad en un Bear Market Crypto (6), y de varios sectores del mercado en realidad, podemos

Continúa en p. 2

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) <https://www.coinbase.com/>
(2) <https://www.binance.com/en>

(3) <https://satoshitango.com/global>

(4) A Peer-to-Peer Electronic Cash System. (n.d.). Bitcoin.org. <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

(5) IProup destaca cómo los especialistas aseguran que el 2022 va a ser el año de los inversores en criptomonedas en Argentina. Lea el resto de la nota aquí: <https://www.iproup.com/economia-digital/30599-criptomonedas-cuanto-crecera-la-inversion-cripto-en-argentina>

(6) Es decir, en un mercado con tendencia bajista.

La obligación de transferir criptomoneda

Nuevas dudas, algunas respuestas



Gabriel de las Morenas (*)

Abogado. Master en Derecho Empresario (UCCuyo)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Breves consideraciones sobre la *blockchain* como entorno natural de los criptoactivos.— III. De nuevo sobre los criptoactivos y sus efectos jurídicos.— IV. Los dilemas jurídicos de esta nueva clase de bienes.— V. Una aproximación desde las obligaciones de género.— VI. Otra dosis de analogía: las obligaciones de dar sumas de dinero.— VII. Desde la visión contractual.

I. Introducción

Desde que las criptomonedas hicieron su rutilante aparición en la realidad económica y, en particular, cuando el mundo conoció a su nave insignia como es el *bitcoin*, se han disparado muchas inquietudes jurídicas que van encontrando respuesta en la medida que la doctrina y la jurisprudencia comienzan a trabajar con estos nuevos conceptos.

En particular nos ocupa en esta oportunidad volver sobre la naturaleza de las obligaciones que los comprenden.

El desafío del jurista consiste en intentar comprender y razonar respecto de la naturaleza y alcance de las operaciones con criptoactivos, para que, crecientemente, los operadores cuenten con explicaciones dogmáticas que sustenten sus negocios. El derecho comercial, como categoría histórica que es,

ha sido siempre la vanguardia del derecho patrimonial a la hora de introducir, comprender y regular lo nuevo. Esta es otra oportunidad para volver sobre esa antigua práctica.

II. Breves consideraciones sobre la *blockchain* como entorno natural de los criptoactivos

Las operaciones en cripto monedas (1) al desarrollarse en el entorno *blockchain* se encuentran caracterizadas por ciertas calida-

des. Ellas son la irreversibilidad, trazabilidad relativa, neutralidad y seguridad operativa.

Veamos cada una de ellas.

Las operaciones son *irreversibles*, porque una vez validada la operación por todos los nodos de la cadena, se transfiere el activo hacia otro sujeto y no hay forma de revertir esa operación.

Continúa en p. 5

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Redactado con la colaboración de Sol Pino y Ariad-

na Luján de la asociación *Legal Tech Seeds*.

(1) Para entender y comprender los diferentes tipos de

cripto activos y sus caracteres compulsar el interesante trabajo de: VIÑA, Gonzalo Ariel, “Los criptoactivos a la

luz del derecho argentino: estado de situación ante los incipientes desafíos” (primera parte), ED-290-918.

Nota a fallo

Sociedad familiar

Convenio de dividendos anticipados. Imposibilidad de ga-

rantizar una ganancia fija a los socios. Orden público. Protección de terceros y de la sociedad. Nulidad. CCiv. y Com., Azul, sala I, 17/05/2022. - Alonso, Santiago Javier Mauricio c. Perco, Eduardo Oscar s/ Daños y perjuicios extracontractual (Exc. Autom./ Estado). 10

[El orden público societario en materia de dividendos, vigente a 50 años de la ley 19.550. ¿Y en la ley 27.349?](#) Leopoldo O. Burghini 10

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

María Milagros Santamaría

Viene de p. 1

considerar que los *exchanges* de criptomonedas vinieron para quedarse un buen tiempo.

Ahora, ¿cuál es el vínculo obligacional entre el *exchange* y el usuario con relación a la responsabilidad civil de sus actividades? ¿Con qué seguridad puede un joven o una joven del interior del país, por ejemplo, invertir sus ahorros en una plataforma de intercambio de criptomonedas (muchas veces basadas en jurisdicciones ajenas a la nacional) con la tranquilidad de que a su vez se encuentran bien custodiadas?

En la presente publicación abarcaremos algunas de estas temáticas.

I. Responsabilidad civil y *blockchain*

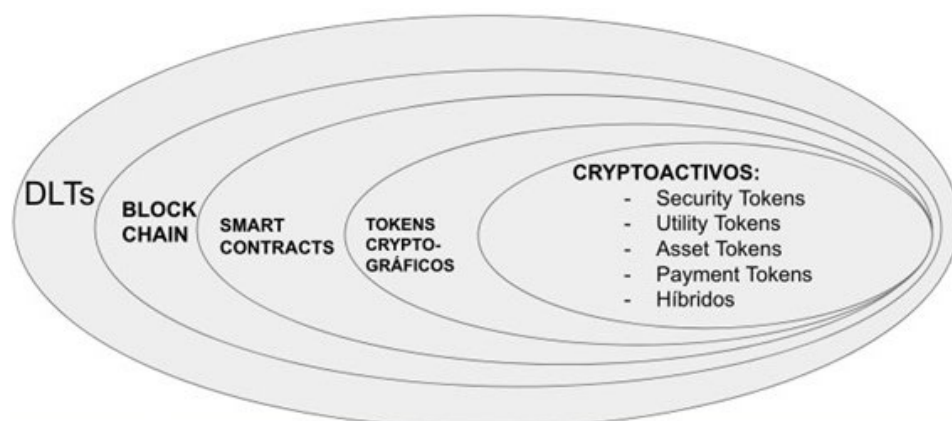
¿Cómo afecta la utilización de nuevas tecnologías, como las DLTs o *blockchain*, dentro de las diversas relaciones desde la perspectiva legal?

Nuevas tecnologías significan nuevas circunstancias, nuevos modelos de negocios, y contextos aún no amparados dentro de su especificidad por las normativas existentes. O al menos no en su totalidad.

Es por estas razones que expertos en todo el mundo intentan dilucidar el mejor modo de adaptar las nuevas circunstancias con los principios del derecho y responsabilidad civil ya desarrollados, y crear nuevos principios que puedan potenciar el respeto mutuo y evitar en su mayor medida el fraude y los abusos. Por ejemplo, cómo identificar a la persona responsable de un error de código en una red de *blockchain*, o de la seguridad requerida

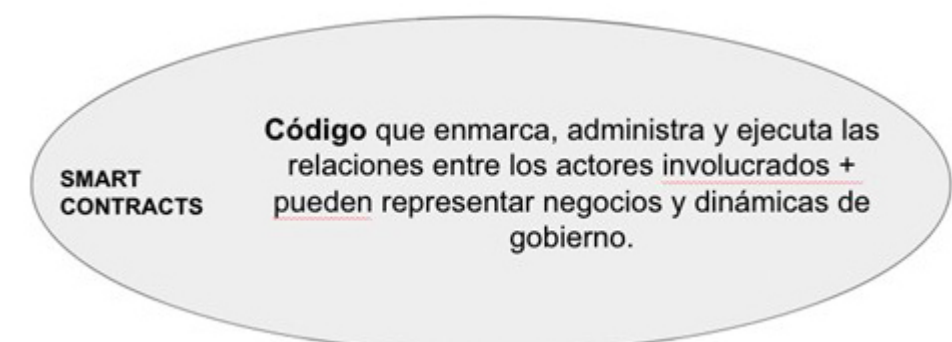
II. ¿Qué es una criptomoneda?

Refresquemos ciertos conceptos básicos. Estos conceptos básicos son de digestión más sencilla si los relacionamos como género y especie.



(Gráfico 1)

Dentro de las *distributed ledger technologies* o tecnologías de libro mayor distribuido podemos encontrar a aquellas tecnologías *blockchain*. Dentro de este tipo, y gracias a plataformas como las de Ethereum, la creación de *smart contracts* es posible.



(Gráfico 2)

Con pocas líneas de código pueden crearse, gestionarse y transferirse *tokens* criptográficos. Comienza aquí el paso de la Web2 a la Web3 (10) (Ethereum.org, 2022), la etapa de la *Token Economy* (Economía de los *tokens*).

ante un ataque malicioso, en caso de que este genere daños económicos a los usuarios.

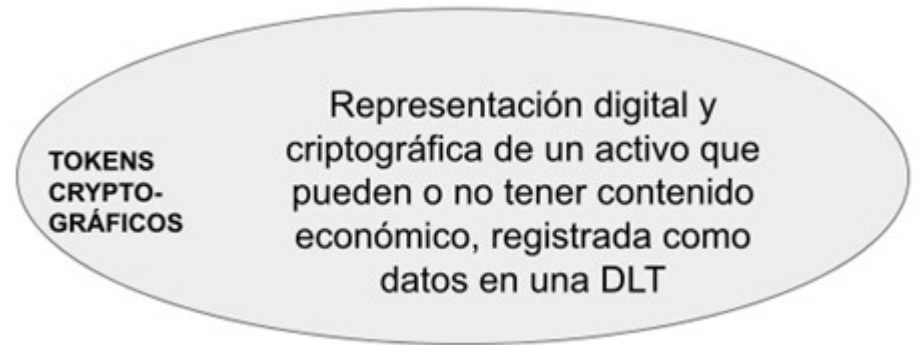
Si partimos de la base de que en ciertos casos el responsable es aquel que ha creado un riesgo que se materializa de alguna manera dañosa, en consecuencia, sería lógico asumir la responsabilidad contractual de los operadores/fundadores de las plataformas prestadoras de servicios relacionados a *blockchain*, así como también de las personas que habrán promovido la plataforma anunciándose como altamente seguro.

Cuando un usuario decide interactuar con una plataforma de servicios *crypto*, a aquel se le presenta un *liability waiver* a favor del operador, alertando al usuario de los riesgos potenciales por el uso de dicha tecnología. Más allá de la extensión dudosa de dichas cláusulas, queda claro el nivel de riesgo que implica su utilización y su colocación siendo responsabilidad del operador proveedor del servicio (principal obligado a garantizar la seguridad máxima ante eventuales ataques o disfunciones de código) (7).

Proyectos como InsurAce (8), aseguradoras *crypto* para *service providers* e *exchanges* intentan dar una solución en caso de potenciales *bugs* o ataques futuros. Desde una perspectiva a mediano plazo, un seguro a terceros desplegará efectos positivos tanto para el operador de la plataforma, que puede transformar el riesgo asociado al servicio que ofrece en un costo predecible de su actividad (es decir, el pago de una prima de seguro programada *ex ante*), y para los usuarios finales, que no correrían el riesgo de una compensación insuficiente (9).

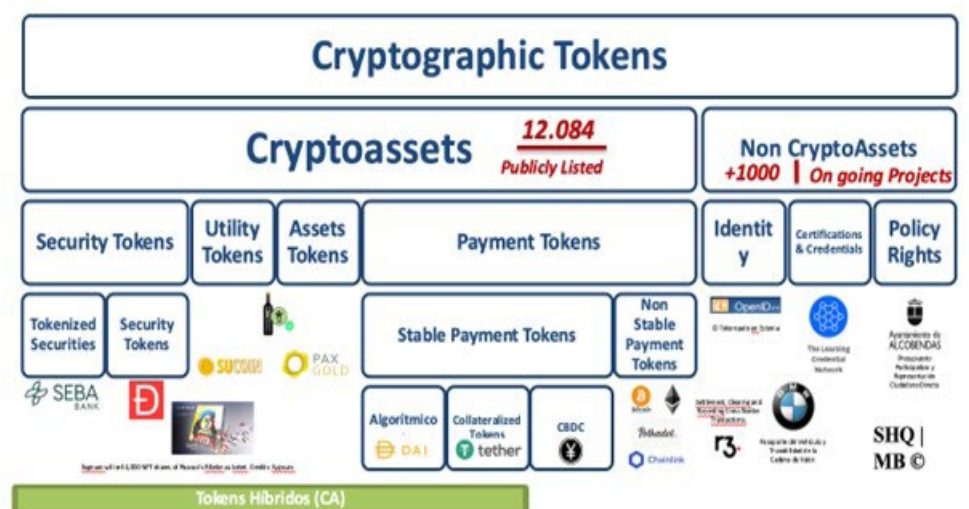
Antes de poder explicar qué es un *exchange* de criptomonedas correctamente, debemos hacernos una pregunta de relevancia indiscutida:

Un *token* criptográfico es aquella representación digital de tanto activos como no activos registrada como datos dentro de una DLT.



(Gráfico 3)

Y, dentro de los mismos *cryptoactivos* es que encontramos la siguiente taxonomía, ya identificada por la legislación suiza (FINMA) e ilustrada por Sebastián Heredia Querro y Martín Bertoni, *co-founders* de TokenizeIT (11) en el presente cuadro en referencia al libro de Shermin Voshgmir, "Token Economy" (12):



(Gráfico 4)

La razón por la cual efectuamos la presente relación de género y especie, desde la generalidad de las tecnologías DLT a la particularidad de los *tokens* criptográficos representativos de activos (que pueden ser tanto de activos reales como nativamente digitales), es porque podemos ubicar a los *exchanges* como plataformas de servicios de proyectos basadas en DLTs facilitando el intercambio de *cryptoactivos*, que pueden ser criptomonedas, o *payment tokens* como podemos ver, u otros tipos de *tokens* como *utility tokens* o *security tokens* dependiendo de la taxonomía dada por la jurisdicción donde el mismo *exchange* está constituido y operando.

(Ver Gráfico 1)

Tomamos por ende también la oportunidad para destacar que los *exchanges* pueden permitir el intercambio de tan solo criptomonedas (criptoactivos con funcionalidad de medios de pago) pero también de otros *tokens* que pueden ser definidos de otra naturaleza (criptoactivos como *se-*

curity token, *utility token*, *asset token*), y por ende en dichos casos requerir diferentes tipos de autorizaciones, requerimientos o licencias.

Entonces insistimos, ¿qué es una criptomoneda?

Dentro del cuadro señalado, podemos ver cómo los *Payment Tokens* son comúnmente llamados criptomonedas (13).

Distintas legislaciones dan diversas definiciones de qué es una criptomoneda.

La resolución UIF 300/2014 para las monedas virtuales estipula que son "(...) la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción" (14). Remarcamos como este comunicado es anterior a la declaración de la República de El Salvador de *bitcoin* como moneda de curso legal en el 2021.

(7) BUONANO, L. (2019), "Civil Liability in the Era of New Technology: The Influence of Blockchain [Blockchain as the Backbone of a New Technology-based Civil Liability Regime]". EUROPEAN LAW INSTITUTE. https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/YLA_Award/Submission_ELI_Young_Lawyers_Award_Luigi_Buonanno_ELI_2019.pdf

(8) <https://www.insurace.io/>

(9) BUONANO, L., ob. cit.

(10) "Web2 se refiere a la versión de Internet que la mayoría de nosotros conocemos hoy. Internet está dominada por compañías que prestan servicios a cambio de sus datos personales. Web3, en el contexto de Ethereum, se refiere a las aplicaciones descentralizadas que se ejecutan en la cadena de bloques" - Ethereum.org. (2022, Junio 22). Comparación entre web2 y web3 | ethereum.org. <https://ethereum.org/es/developers/docs/web2-vs-web3/>

(11) <https://www.tokenize-it.com/>

(12) El libro de "Token Economy" de Shermin VOSHGMIR está disponible para leer opensource en el presente link: <https://github.com/sherminvo/TokenEconomy-Book/wiki>

(13) Actualmente, los únicos países en el mundo que tratan a una criptomoneda, en este caso *bitcoin*, como moneda de curso legal son El Salvador, desde septiembre del 2021, antes de La República Centroafricana, que en abril del presente año adoptó a *bitcoin* como moneda de curso legal junto con el franco CFA. Más información puede ser visitada en el presente link: <https://www.newtral.es/bitcoin-moneda-legal-salvador-rca/20220514/>

(14) Acceso a la resolución completa en el presente link: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/230000-234999/231930/norma.htm>

En otro plano, en los Estados Unidos, el IRS (*Internal Revenue Service*, o la Hacienda) las definió del siguiente modo: “Una criptomoneda es una representación digital de valor que funciona como un medio de intercambio, una unidad de cuenta y/o un depósito de valor. En algunos entornos, funciona como moneda “real” (es decir, la moneda y el papel moneda de los Estados Unidos o de cualquier otro país designado como moneda de curso legal, circula y se usa y acepta habitualmente como medio de cambio en los Estados Unidos), pero no tiene estatus de moneda de curso legal en los EE. UU. Una criptomoneda es un tipo de moneda virtual que utiliza criptografía para validar y asegurar transacciones que se registran digitalmente en un libro mayor distribuido, como una cadena de bloques” (la traducción es mía) (15).

III. ¿Qué es un exchange?

III.1. ¿Qué es un exchange de criptomonedas?

Haciendo referencia a la obra de Gilberto León Santamaría “Fideicomiso... Economía Digital, Blockchain y tokenización de activos fiduciarios” (16), puede definirse a los exchanges tanto como *marketplaces* y *market makers* de criptomonedas. Esto significa que, primero que nada, los exchanges actúan como un “bridge”, como un puente entre diferentes *blockchains* para que los tenedores de diversos *tokens* puedan encontrar un punto en común, una plataforma en común donde poder comprar y vender dichos *tokens* de manera automática. Por otro lado, los exchanges también actúan como *market makers* en el sentido que su capacidad de otorgar precios de compra y venta de dichos *tokens* (17). Parte de la razón de su importancia, además de proveer plataformas donde los tenedores de los *tokens* pueden intercambiar entre sí según los precios otorgados hasta cierta medida por los operadores, es que también se convierten, por ende en “gate keepers”, cada exchange decide qué *tokens* pueden ser listados para su intercambio y qué *tokens* no, quién puede acceder a dicho *market place* y quién no. Esto atenta o debate directamente con los principios fundamentales e inspiraciones de la tecnología *blockchain* y la de la descentralización.

Recordemos o mencionemos que, en un 98%, las casas de cambio de criptomonedas son exchanges centralizadas.

Por primera vez realizamos la diferenciación entre exchanges centralizados y descentralizados, que abordaremos más adelante.

Cabe destacar que más allá de ofertar y vender *tokens* de otras *blockchains*, existen a su vez las IEOs o *Initial Exchange Offerings*. Así y a modo de ejemplo, el emisor de un determinado *token* puede colocarlo a través de una exchange vía la oferta inicial (asegurando entonces colocación vía la exchange). Funciona el último, por ende y a modo análogo, como una especie de agente colocador, cuasi como un banco, que hace la colocación primaria de títulos valores a través de un contrato de *underwriter*.

En pocas y más simples líneas, un *exchange* de criptomonedas es el intermediario entre los tenedores de diversos *tokens*, entre un oferente y un demandante, que en casos puede también operar como *underwriter*.

Una casa de cambio tradicional es una entidad que se dedica a la compraventa de moneda extranjera, con el objetivo de obtener un beneficio principalmente de la diferencia entre los tipos de cambio de compra y de venta de las divisas que manejan (18).

Es evidente que la diferencia fundamental entre una casa de cambio de monedas tradicional y uno de criptomonedas se refiere a la tecnología a ellas subyacente y la consideración de moneda de curso legal en la totalidad de las monedas de la primera casa de cambio mencionada.

La razón por la cual este tipo de entidades son, al día de hoy, tanto necesarias como en alguno de sus casos exitosos, es por una razón de interoperabilidad de cadenas de bloques. Los *marketplaces* logran aglomerar *tokens* de diferentes *blockchains* para que puedan intercambiarse entre sí con facilidad y rapidez, facilitando también el encuentro entre oferta y demanda. Esto significa nuevamente la intervención de un intermediario, no tan diferente a los bancos electrónicos.

Aquellos tenedores de *tokens* que desean evitar a los intermediarios, y no dejar en poder de otros sus llaves privadas, prefieren el manejar sus propias billeteras (sean “hot wallet”, “cold wallets” o incluso de papel).

La razón de por qué muchos tenedores de *tokens* prefieren hacer esto antes de interactuar dentro de exchanges, es por el mantra popular de la industria que cita “Not your keys, not your crypto”, o “si no son tus llaves, no son tus criptomonedas”.

Cuando utilizamos la plataforma de un Exchange para la compraventa y custodia de criptomonedas, le estamos otorgando a dichas plataformas el control total de nuestras llaves privadas, por ende el control total sobre los *tokens* de los usuarios.

Es por esta razón que los exchanges son flancos muy atractivos de ataques y *hackeos* por particulares maliciosos, ya que al lograr hackearlos se tiene acceso a las llaves y *tokens* de prácticamente todos los participantes.

III.2. El caso suizo

Suiza es uno de los países del mundo con la mayor y más clara regulación referida a *blockchain*. En el 2017 introdujeron un *Sandbox* regulatorio volviéndolo un “playground” muy interesante para diversos proyectos relacionados a *blockchain*. Además de regular sobre la taxonomía de los *tokens* y su utilización en *compliance* con aquellas normas de KYC (*Know Your Customer*), AML (*Anti Money Laundering*) y CTF (*Counter-Terrorist Financing*) (19), así como definir a los *smart contracts*, la

nueva legislación suiza en el tema comenzó a entrar en vigor en febrero del 2021 y su segunda parte en agosto del mismo año. Dentro de su cuerpo normativo dos modificaciones se relacionan con el tratamiento de los exchanges en el país:

- Se modifica la Ley de Infraestructura de los Mercados Financieros y crea una nueva licencia (20) para *DLT-based trading platforms* (es decir, para plataformas de intercambio basadas en registro de libro distribuido). Como veremos más adelante, considera que estas plataformas además de proveer servicios de intercambio de criptomonedas pueden ofrecer a su vez servicios de custodia de llaves privadas de los criptoactivos.

- Se modifica la Ley de Quiebras, obligando a la separación patrimonial de los exchanges.

De modo más amplio que el tratado en el presente trabajo, la ley define a las *DLT trading facilities*, como a aquellas plataformas que se dedican a operar con productos pasados en DLTs, es decir en tecnologías de libro mayor distribuido, como los criptoactivos o criptomonedas por ejemplo.

Estas entidades están modeladas como las plataformas de intercambio multilaterales y se les dan similares derechos y obligaciones, así como requerimientos de operación. Una de las particularidades del régimen nuevo es que una sola licencia es suficiente tanto para ofrecer los servicios de intercambio de criptomonedas entre ofertantes y demandantes, pero también servicios referidos *post-trading*, como servicio de custodia por ejemplo. Puede ser obtenida, a diferencia de otras plataformas de negociación tradicional, sin la obligación de ser un banco o una entidad financiera aprobada al efecto.

Existen limitaciones sobre los tipos de *tokens* que pueden intercambiarse en las *DLTs trading platforms*, dependiendo de la aprobación de la Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA (FINMA). Como generalidad, pueden no aceptarse *tokens* que sean considerados *securities* u otros productos basados en tecnologías DLTs siempre que compliquen el cumplimiento de regulaciones AML, entre otros que por sus características puedan desestabilizar el sistema financiero.

La plaza *crypto friendly* propone un tipo de licencia para pequeños participantes, con mayor flexibilidad regulatoria, siempre que el tamaño de sus operaciones se mantenga limitado a:

1. Volumen de *trading* anual de CHF250 millones (aproximadamente \$272 millones);
2. activos bajo custodia de CHF100 millones; y
3. volumen de liquidación anual de CHF250 millones.

III.3. Estados Unidos

En Estados Unidos las criptomonedas tampoco son consideradas monedas de

curso legal, y los *exchanges crypto* son considerados legales con regulaciones variando de Estado en Estado. Deben seguir los lineamientos del Bank Secrecy Act (BSA o Ley de Secreto Bancario), por lo que deben registrarse dentro de la FinCEN (*Financial Crimes Enforcement Network* o Control de Delitos Financieros), implementar normas referidas a AML y CFT y otros requerimientos en reportes y seguimiento de las autoridades.

En junio de 2019, FINCEN declaró que espera que los intercambios de criptomonedas cumplan con la “Regla de viaje” (la “travel rule” del GAFI): que recopilen y compartan información sobre los originadores y beneficiarios de las transacciones de criptomonedas. Coloca los intercambios de moneda virtual en la misma categoría regulatoria que los transmisores de dinero tradicionales y aplica las mismas regulaciones, incluidas las establecidas en la Ley de Secreto Bancario.

En diciembre de 2020, FINCEN propuso una nueva regulación de criptomonedas a implementarse en otoño del 2022, imponiendo requisitos de KYC en los intercambios y billeteras de criptomonedas (requeriría que los intercambios envíen informes de actividad sospechosa para transacciones superiores a \$ 10,000 y que los propietarios de billeteras se identifiquen cuando envíen más de \$ 3,000 en una sola transacción).

Según BSA, un *exchange* es “cualquier organización, asociación, o grupo de personas, incorporadas o no, que constituyan mantengan o provean un mercado o que faciliten juntar a los compradores y vendedores de títulos valores o que realicen cualquier otra operación o función relacionada a los títulos valores que comúnmente realicen los “mercados de valores” así como comúnmente se entiende ese término, e incluye el mercado propiamente dicho y cualquier otra infraestructura mantenida (...)” (21). Dependiendo del tipo de criptomonedas que operen en el exchange, es el tipo de normativas que debería seguir, en el sentido de que si opera con criptomonedas cuya naturaleza jurídica subyacente equivale o en casos es similar a la de un título-valor, entonces el exchange deberá verse obligado a cumplir las normas de registración y autorización para el intercambio de este tipo de instrumentos. Si las criptomonedas que intercambia no son de esta naturaleza, entonces se exime de dicho requerimiento.

A modo de ejemplo, la plataforma BitMEX (plataforma de negociación de *bitcoin* apalancada) demuestra cómo, según la naturaleza de los criptoactivos negociados en las plataformas y los usuarios e inversores con los que interactúan, son los requisitos de licencia y registración que los operadores deben respetar.

BitMEX comenzó en 2014 de la mano de Arthur Hayes (CEO) en asociación con Ben Delo (COO) y Sam Reed (CTO), quienes vieron la necesidad de un *exchange crypto* en línea que facilitara los contratos de derivados. Un derivado puede ser un contrato financiero cuyo valor depende de un activo subyacente; como a modo de ejemplo y

(15) Para revisar el comunicado del IRS completo por favor dirigirse al: Virtual Currencies. (n.d.). Internal Revenue Service. <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/virtual-currencies>

(16) SANTAMARÍA, Gilberto León, “Fideicomiso en la Era Digital”, Ed. La Ley, 2021, <https://tienda.thomsonreuters.com.ar/978-987-03-4209-0-fideicomiso/p>

(17) Coinbase es uno de los exchange *cripto* más utilizados y vendidos en el mercado, y en el año 2018 sufrió una demanda acusando a la plataforma de dar precios

privilegiados a sus empleados para la compra de la criptomoneda llamada “bitcoin cash”. Para leer más sobre el caso entre al presente [link](https://www.criptonoticias.com/judicial/demandan-coinbase-compras-privilegiadas-bitcoin-cash-empleados/): <https://www.criptonoticias.com/judicial/demandan-coinbase-compras-privilegiadas-bitcoin-cash-empleados/>

(18) GARCÍA, C. - CLEMENTÍN, F., “Demandan a Coinbase tras compras privilegiadas de Bitcoin Cash por sus empleados”, *CriptoNoticias*, 05/03/2018, <https://www.criptonoticias.com/judicial/demandan-coinbase-compras-privilegiadas-bitcoin-cash-empleados/>

(19) Respectivamente significan: KYC por *conoce al consumidor*; AML por *anti lavado de dinero*; y CTF, *contra la financiación del terrorismo*.

(20) Tras la entrada en vigencia de la segunda parte de la ley, *SIX Digital Exchange AG* recibió la primera licencia para operar un depósito central de *securities*, para *securities* basados en tecnología DLT, mientras que su filial, *SDX Trading AG*, fue aprobada como la primera bolsa de valores para *tokens* digitales. Más información sobre la nueva regulación suiza en: <https://www.iflr.com/article/2a646xn930ua9tkjrmoy0/switzerland-paves-the-way-for-tokenisation-of-securities-and-introduces-new-dlt-trading-platforms>

(21) Release No. 34-38672; *International Series Release* No. IS-1085; File No. S7-16-97. La resolución de la SEC puede revisarse aquí: <https://www.sec.gov/rules/concept/3438672.txt>

aplicable al presente caso: *bitcoin*. El intercambio en línea permitiría a los inversores negociar con el precio futuro de *bitcoin*, ya sea que el precio aumente o disminuya.

El *exchange* BitMEX se domicilió en la República de Seychelles, ubicada en el Océano Índico occidental y para el 2018 se consideró la plataforma comercial más grande por volumen, alarmando a los reguladores de los EE. UU. por sus altos niveles de apalancamiento, la falta de requisitos de KYC y AML (potencialmente unas de las razones principales de la gran cantidad de inversiones que atrajeron) y de registración correspondiente.

BitMEX violaba las normativas de la Ley de Secreto Bancario de los EE.UU., la Reserva Federal, el FINRA (*Financial Industry Regulatory Authority*) y CFTC (*Commodity Futures Trading Commission*). Sabiendo que omitían los controles básicos de KYC y ALM sumado a su falta de registración, la plataforma intentó infructuosa y débilmente excluir a los clientes estadounidenses al bloquear las direcciones IP de los EE. UU., volviendo evidente para las autoridades norteamericanas que se habían constituido como *exchange offshore* en las islas Seychelles, por ser una plaza sin regulaciones, permitiendo arbitraje desleal.

En octubre del 2020 la CFTC presentó cargos a los fundadores, además de las diversas sociedades de cartera de BitMEX, junto con el siguiente comunicado:

“La demanda acusa a BitMEX de operar una instalación para el comercio o procesamiento de swaps sin tener la aprobación de la CFTC como un mercado de contratos designado o una instalación de ejecución de swaps, y operar como un comerciante de comisión de futuros solicitando pedidos y aceptando bitcoin para transacciones de derivados de activos digitales de margen, y actuando como contraparte en transacciones minoristas de materias primas apalancadas. La denuncia acusa además a BitMEX de violar las reglas de la CFTC al no implementar procedimientos de conocimiento de su cliente, un programa de información del cliente y procedimientos contra el lavado de dinero” (22).

A su vez, el Departamento de Justicia de los EE. UU. (DOJ) presentó cargos penales contra Hayes, Celos, Reed, y el jefe de desarrollo comercial de BitMEX.

Los cofundadores renunciaron a sus cargos una semana después de las acusaciones y el juzgamiento de todas las partes se espera en el Tribunal de Distrito Sur de Nueva York.

Hoy en día la plataforma sí cuenta con protocolos KYC y ALM, finalmente bloqueando la participación de inversores estadounidenses en el intercambio. Más allá de mantenerse operativa su futuro, puede depender de los resultados de los diversos casos penales y civiles en su contra.

Esto significa que: ante la naturaleza intrínseca de los criptoactivos negociados en las plataformas y sus requerimientos legales análogos es que las plataformas de *exchange crypto* deben tener mucho cuidado al momento tanto de elegir una plaza desde la cual funcionar, como también la taxonomía y tratamiento jurídico local como inter-

nacional de sus servicios. Como Bitmex no cumplió con los controles básicos de AML y CTF, y teniendo en cuenta que la FINRA requiere que sus agentes de bolsa miembros implementen un programa AML por escrito que cumpla con la Ley de Secreto Bancario y que BitMEX ignoró este problema a sabiendas de su incumplimiento, sin tener la aprobación de la CFTC, es que la empresa hoy se encuentra con múltiples demandas a nivel penal y civil en los Estados Unidos.

En Argentina, por ejemplo, en el caso de que se ofrecieran títulos valores negociables tokenizados (*security token*), se requeriría que la negociación se realizara por agentes autorizados y bajo la supervisión de la CNV, previo cumplir con la normativa específica.

III.4. Latinoamérica

En Latinoamérica las regulaciones de intercambio de criptomonedas son escasas y con perspectivas irregulares. Desde países como El Salvador que adoptaron al *bitcoin* como su moneda de curso legal, hasta Bolivia que continúa con la postura más restrictiva del continente.

Muchos países no tienen leyes que rijan específicamente a las casas de cambio de criptomonedas como plataformas de servicios de intercambio *crypto*, lo cual se combina con altas tasas de adopción. Esto, sumado a la flexibilidad de operaciones ante falta de restricciones y requerimientos de acceso y AML/KYC, ha convertido a América Latina en una opción atractiva para las empresas que buscan capitalizar el interés en las monedas virtuales, así como a las plataformas que ofrecen servicios relacionados a las mismas, como los *exchanges* (23) y, obviamente, usuarios que buscan invertir y ahorrar en monedas digitales ajenas a las nacionales).

Uno de los pocos países latinoamericanos que sí regulan medianamente a los *exchanges* es México, a través de la Ley para Regular las Empresas de Tecnología Financiera (24), extendiendo las regulaciones ALD mexicanas a los proveedores de servicios de criptomonedas (requisitos de registro y presentación de informes).

Cabe mencionar, recapitulando antes de pasar por la visión Argentina, que un *exchange crypto* es, finalmente, una plataforma amparada en tecnología *blockchain* que permite la compraventa de diversas criptomonedas (*marketplace* y *market maker*), así como la *custodia* de aquellas adquiridas. A partir del momento en que el *exchange* seleccionado es tenedor o custodio de nuestros activos, sea el *fiat* depositado o las criptomonedas adquiridas, es que la responsabilidad civil de la plataforma comienza a preocuparnos.

III.5. Argentina

Argentina, no cuenta con una legislación específica que trate a los *exchanges* de criptomonedas. Por otro lado, el reciente acuerdo con el FMI (25) hace mucho más énfasis en el tratamiento de divisas digitales, requiriendo más normas ALM para los *exchanges* y reportes a las autoridades.

Actualmente en el Congreso existen dos proyectos de ley para regular los cripto-

toactivos. Se cree que tras el acuerdo con el FMI vaya a haber un aceleramiento de la próxima “ley crypto”. A su vez, el Banco Central instruyó a las entidades a reportar detalladamente la identidad y movimientos de los clientes que podrían usar monedas digitales. La AFIP desde el 2017 regula tímidamente a las criptomonedas. También, en el 2019, dispuso que los *exchanges* de criptomonedas están obligadas a informar mensualmente sobre las operaciones y datos de sus usuarios.

En un reciente y clarificador trabajo de investigación publicado por Víctor A. Castillejo Arias, justamente sobre y titulado “Régimen de responsabilidad civil de los *exchanges* de criptomonedas” (26), se realiza una analogía o comparación jurídica entre los *exchanges* de criptomonedas y los contratos de depósito irregular con los usuarios, especificando que es un contrato bilateral, conmutativo y oneroso.

Primero que nada debemos aclarar que para poder interactuar con un *exchange*, no necesariamente requerimos conectar nuestra cuenta bancaria, depositar *fiat*, en este caso pesos, y luego poder comprar la criptomoneda deseada. Puede acontecer también que con las ya obtenidas *crypto*, se las envíe a otra cuenta del mismo u otro *exchange*, sin intercambio *per se* de *fiat*. O que en lugar de que sea a una *wallet* en un *exchange*, sea un *software* de criptomoneda instalado como extensión de un navegador *web*, como Metamask, Trust o, simplemente de una *wallet* a otra o se les haga un *airdrop*.

Volviendo a las palabras del autor y a la cita del Código Civil y Comercial en su art. 1367 sobre el depósito irregular, vemos como “(...) Si se entrega una cantidad de cosas fungible, que no se encuentra en saco cerrado, se transmite el dominio de las cosas, aunque el depositante no haya autorizado su uso o lo haya prohibido. El depositario debe restituir la misma calidad y cantidad. Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, y el depositario tiene la facultad de servirse de ellas, se aplican las reglas del mutuo (...)”.

La característica de la fungibilidad, además de poder actuar como unidad de cuenta, como reserva de valor y medio de intercambio, es una de las características que la acercan al dinero tradicional, y que las alejan de los NFTs, o *non fungible tokens* —tokens no fungibles—, dando más sentido a su clasificación como el tipo de contrato desarrollado.

Podemos estar de acuerdo en que la obligación principal dentro de un contrato de depósito es la guarda de la cosa, para su devolución al usuario; de la misma cosa si fuese un depósito regular; o de la misma calidad o cantidad, en caso de ser irregular. Esto significa que si un usuario interactúa con un *exchange*, tras el depósito de su dinero allí mismo y compraventa de criptomonedas a través de su protocolo, el usuario también cuenta con el derecho de que se les devuelvan sus criptomonedas e incluso que su dinero *fiat* depositado sea transferido a su cuenta bancaria vinculada.

En el caso BitGrail, casa italiana de cambios de criptomonedas centralizada, que en

enero de 2019 fue objeto de un ciberataque generador pérdidas a los usuarios de aproximadamente 120 millones de euros (en relación a la criptomoneda llamada *Nano*), se utilizó la comparación de la relación entre un *exchange* y los usuarios con la de un contrato de depósito irregular. El fallo de la División de Concursos y Quiebras de la Corte de Florencia confirma la teoría de que efectivamente la relación contractual entre BitGrail y los usuarios que habían depositado sus fondos dentro de la plataforma, era la de un depósito irregular. Por esta razón, se decidió “(...) que los usuarios tenían el derecho a que se les devolviera la mayor cantidad posible y que correspondía extender la quiebra al operador de la casa de cambio y a otras empresas vinculadas (27) para devolverle la mayor cantidad posible a los acreedores (...)”, ahora también, los usuarios.

El hecho de que se considere dicha relación contractual como un contrato de depósito es importante, ya que si no se consideraba que el *exchange* era el dueño de las criptomonedas depositadas y que solo era meramente prestador de servicios de compra y venta con servicios accesorios de depósito para el fin primero de intercambio, entonces eran los usuarios los que aún eran considerados sus dueños y BitGrail —o su nombre legal como demandado BG Services SRL— no tenía por qué hacerse responsable del error de *software*. Aquí podemos reiterar el concepto de “*not your keys not your crypto*” antes mencionado, ya que era solo el *exchange* aquel que tenía acceso a las llaves privadas de los usuarios para permitir su transferencia, no verdaderamente los usuarios. Esto hizo que se le considerara al primero como verdadero dueño en referencia a un depósito.

Tras entender la consideración que la relación contractual entre la casa de cambio de criptomonedas con los usuarios es de un depósito irregular donde al referirse a un contrato de custodia los usuarios usan la plataforma transfiriendo el dominio de sus monedas, así como su acceso y control para realizar compraventa (operaciones de transferencia), en ella y con dichas criptomonedas, es que se genera una obligación en el *exchange* de restituir luego cosas de igual calidad y cantidad en vista de la fungibilidad como característica intrínseca de las criptomonedas en sí.

Por razones bastante sencillas de imaginar y comprender, señalamos cómo los *exchanges* son de los principales blancos de ciberataques. Son depositarios de grandes cantidades de las criptomonedas de sus usuarios en *hot wallets* que les permiten inmediatas y más sencillas transacciones, volviendo sus actividades riesgosas frente a los robos constantemente. Por estas razones, viéndolos como una obligación de resultados y en consideración a la definición de nuestro Código Civil y Comercial de *hechos de las cosas y actividades riesgosas* (28), es que puede determinarse que la actividad de los *exchanges*, en referencia a la atribución de su responsabilidad, ha de ser considerada como *de carácter objetivo*, por lo que para eximirse de responsabilidad, ha de probarse en el ámbito de un robo al *exchange* el caso fortuito o que haya acaecido por la naturaleza misma de la cosa, es decir, de la criptomoneda.

por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son exigentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.” Código Civil y Comercial Nacional. Art. 1757. Hecho de las cosas y actividades riesgosas.

(22) Más sobre el presente caso: <https://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/8270-20>

(23) Es natural observar las fricciones que esto genera con la industria bancaria tradicional (e.g. en Chile, por ejemplo, de manera arbitraria algunos bancos tomaron cerraron o congelaron cuentas en poder de intercambios de criptomonedas a fines de 2018, que fueron posteriormente protegidos por sentencias judiciales. Más información en el desarrollo de este caso en: Infobae: En Chile

la Justicia ordenó a los bancos pagar a los operadores de bitcoin por cerrar sus cuentas).

(24) Acceso a la ley en el siguiente hipervínculo: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRITF_200521.pdf

(25) Más información sobre el acuerdo del 2022 entre Argentina y el FMI en el presente link: [https://www.imf.org/es/News/Articles/2022/06/08/pr22189-argentina-imf-and-reach-staff-level-agreement-on-](https://www.imf.org/es/News/Articles/2022/06/08/pr22189-argentina-imf-and-reach-staff-level-agreement-on)

the-first-review

(26) CASTILLEJO ARIAS, V. A., “Régimen de responsabilidad civil de los *exchanges* de criptomonedas”, RCCyC 2020 (agosto), 139.

(27) Esto así ya que se quería extender la responsabilidad al dueño de BITGRAIL y también a la empresa que era originalmente la operadora pero que la cedió a otra tras enterarse de la vulneración del protocolo.

(28) “Toda persona responde por el daño causado

Hasta este momento el análisis jurídico de los *exchanges* a nivel nacional y derecho comparado ha utilizado como base de referencia a los *exchanges* centralizados.

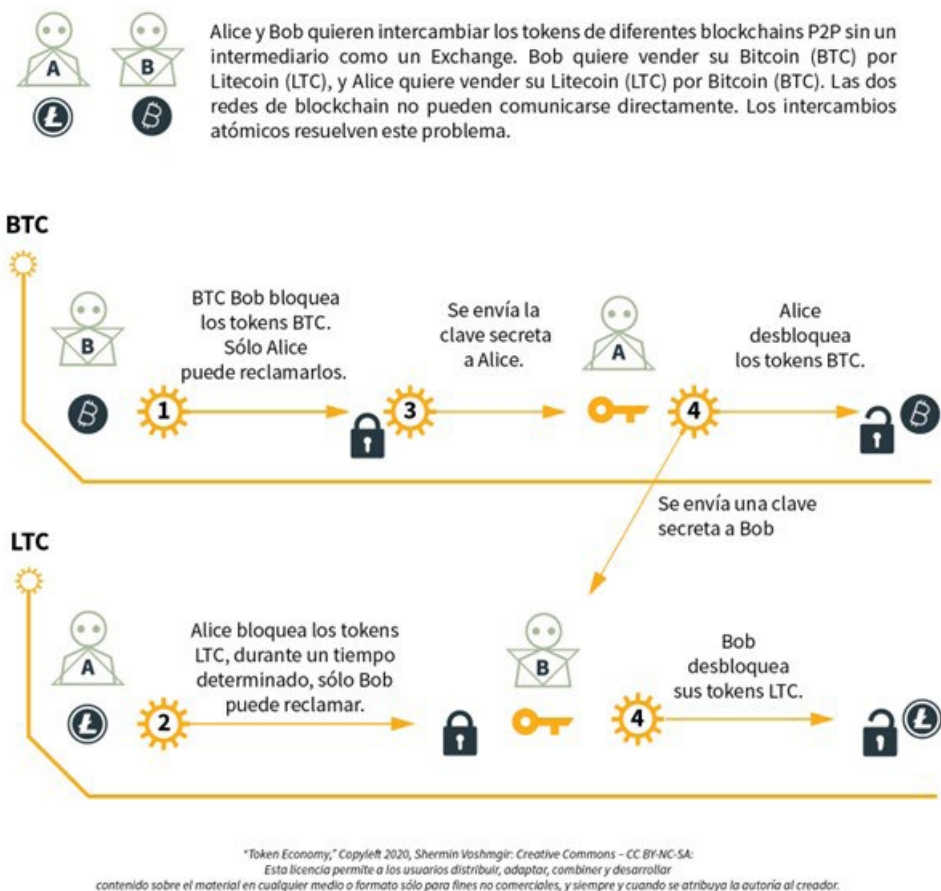
IV. De la centralización a la descentralización

Los *exchanges* son en su gran mayoría centralizados, volviéndolos más vulnerables a errores humanos, mala administración, ataques maliciosos, censura y exceso de volatilidad.

Uno de los casos más conocidos de *hackeos* de *exchanges* fue el que aconteció con el de Tokyo Mt.Gox. En su momento, 2014, manejaba el 80% del intercambio de *bitcoin* en el mundo, cuando se robaron alrededor de 470 millones USD en *bitcoins* entre 2011 y dicho año. El alguna vez *titán*

El modo de trabajo puede verse en la presente imagen:

Atomic Swaps



(Gráfico 6)

Más allá de que los *atomic swaps* responden a algunas de las preocupaciones que los *exchanges* centralizados dan a los particulares al momento de interactuar en ellos, debemos mencionar que no resuelven en-

terminó registrándose en bancarrota (29). Mt. Gox fue el primer *hackeo* fuerte conocido a gran escala, pero no ha sido ni será el último (30).

Los *atomic swaps* así como los *exchanges* descentralizados toman estos puntos e intentan mitigarlos.

Los *atomic swaps* permiten el intercambio de criptomonedas P2P (*peer to peer*) sin la intervención de terceros o el problema de la interoperabilidad, ya que se permite que el intercambio entre los particulares sea entre redes *blockchain* diferentes, de billetera a billetera. Esto es gracias a un tipo especial de *smart contract* llamado "hash time-locked contract" (HTLC) para garantizar la segura transacción del *token* sin que los usuarios tengan que ceder el control de sus llaves privadas y *tokens* (31).

IV.1. Exchanges descentralizados

Un *exchange* descentralizado no ofrece un servicio de custodia de criptomonedas para su compra y venta por los usuarios como uno centralizado, sino que ofrece una infraestructura informática apalancada en tecnología *blockchain* para que los usuarios, utilizándole, puedan efectuar compra y venta de criptoactivos, sin la intervención de un tercero. Pueden utilizar métodos como los de *atomic swaps* o similares para volverlos eficaces y seguros.

Citando nuevamente Shermin Voshmgir en su libro "Token Economy" (32) los *exchanges* descentralizados (DEX, por su acrónimo en inglés) "son aplicaciones descentralizadas que corren sobre una red de registros distribuidos que permite a los usuarios intercambiar tokens sin la necesidad de una institución que realice las liquidaciones y compensaciones de la operación".

La razón por la cual los *exchanges* descentralizados pueden llegar a verse menos atractivos que los centralizados o menos *user friendly* para aquellos no *crypto-nativos*, es porque aún no consiguen solucionar el problema de transaccionar con monedas fiduciarias. De todos modos, y por el hecho de ser menos centralizados (decimos "menos", ya que no todos —o en su mayoría— han conseguido un 100% de descentralización), pueden ser considerados más seguros o menos propensos a ataques de código, proveen un mercado más líquido y están menos sujetos a manipulaciones, evitando nuevamente a intermediarios. (33).

Entendiendo las diferencias entre los *exchanges* centralizados y los descentralizados (e.g. los DEX no tienen función de custodia, permiten realizar transacciones a menor costo), es que pueden los usuarios pesar las ventajas que implica cada uno. Más allá de las ventajas de seguridad al no tener un intermediario innecesario en las transacciones y *marketplace*, debemos recordar que el *onboarding* puede volverse dificultoso para los usuarios que no llevan tanto tiempo y experiencia en la industria (o al menos en comparación con los *exchanges* centralizados). Por otro lado, el hecho de que los *exchanges* centralizados sí dependan de un intermediario como operador de la plataforma, incorporando en alguna jurisdicción donde obtiene licencia y presta servicios, es que logra ponerle a los interesados una cara visible a quien asumiría las responsabilidades correspondientes a los riesgos del mercado.

Coinbase presenta cómo "Desde abril de 2021 hasta abril de 2022, los usuarios de Web 3 enviaron \$224.000 millones en valor *on-chain* a los DEX, superando a los *exchanges* centralizados como Coinbase, los cuales, todos juntos, recibieron \$175.000 millones durante el mismo período, según Chainalysis-

sis" [irrefutable reflejo del aumento del uso y flujo de fondos de los CEX a los DEX (34)].

El no tener el elemento humano en el medio puede volverlos más difíciles para regular, con un análisis diferente al de los centralizados, mientras que disminuye los costos transaccionales, ya que no tenemos un intermediario lucrando con ellos. Estos objetivos fueron desarrollados dentro de los *whitepapers* del primer DEX, Bancor (35) y de Uniswap (36), el DEX más grande del mundo.

Los DEX utilizan protocolos de "creador de mercado automatizado" (o Automated Market Maker - AMM) para determinar los precios de los *tokens* sin un organismo centralizado que orqueste las operaciones. Es decir que también funcionan como un *marketplace* y *market maker*, pero este último es automático y no depende de las decisiones del operador de la plataforma. Un enfoque común es el mecanismo de "producto constante", que determina los precios ofrecidos en función de la relación de las reservas totales de DEX de cada uno de los activos involucrados. Esto tiene la ventaja de que tiende a mantener las reservas en relativo equilibrio: si algún activo escaseara, se volvería extremadamente caro (37).

V. Conclusiones

No es la primera vez que oímos o leemos frases como "blockchain es el futuro" y que debemos prepararnos para ello. Verdaderamente, *blockchain* ya es nuestro presente y debemos contar con las herramientas suficientes y hábiles, al día de hoy, para poder enfrentar los desafíos que forman ahora parte de nuestra nueva cotidianidad jurídica.

Más allá de las pocas legislaciones en el mundo que dan un tratamiento más o menos extensivo referido a los *exchanges* o casos de cambio de criptomonedas y a la responsabilidad civil a la cual se enfrentan al interactuar como usuarios, es relevante recordar que los *exchanges* centralizados tienen una relación contractual con los usuarios similar a la de un contrato de depósito irregular y, dependiendo el lugar de incorporación del *exchange* más las jurisdicciones de usuarios con los que se relaciona, serán entonces las normativas cripto y de mercados capitales a seguirse (así como las vías de reclamo en caso de fraudes, abusos o incumplimientos).

Por otro lado, los *exchanges* descentralizados, cada vez más populares y de más difícil regulación, continuarán sorprendiéndonos para terminar de dilucidar, como profesionales, los nuevos retos jurídicos que nos desafían a mantener los derechos de los particulares en orden.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2502/2022

(29) GARCÍA, C. - CLEMENTÍN, F., ob. cit., <https://www.criptonoticias.com/judicial/demandan-coinbase-compras-privilegiadas-bitcoin-cash-empleados/>

(30) Otros incidentes a "gigantes" como Bitfinex y Coincheck siguieron sus pasos. Más información referida a sus investigaciones en los siguientes links: <https://time.com/6146749/cryptocurrency-laundering-bitfinex-hack/> y <https://fortune.com/2018/01/31/coin->

check-hack-how/.

(31) <https://github.com/Token-Economy-Book/SpanishTranslation/wiki/Intercambio-Transaccional-de-Tokens%2C-Atomic-Swaps-y-DEX>

(32) VOSHMGIR, S. (2020), "Token Economy: How the Web3 Reinvents the Internet". <https://shermin.net/token-economy-book/>

(33) *Ibidem*.

(34) THOMPSON, C., "Exchanges descentralizados superan a contrapartes centralizadas en flujos on-chain", según Chainalysis. CoinDesk, 06/06/2022, <https://www.coindesk.com/business/2022/06/06/exchanges-descentralizados-superan-a-contrapartes-centralizadas-en-flujos-on-chain-segun-chainalysis/>

(35) Bancor Price | BNT Price Index and Live Chart. (n.d.). CoinDesk. <https://www.coindesk.com/pri->

ce/bancor/

(36) Uniswap Whitepaper. (n.d.). HackMD. <https://hackmd.io/@HaydenAdams/HJ9jLsFtz?type=view>

(37) GEORGE, B., "Centralized Exchange (CEX) vs. Decentralized Exchange (DEX): What's the Difference?" CoinDesk, 11/02/2022, <https://www.coindesk.com/learn/centralized-exchange-cex-vs-decentralized-exchange-dex-whats-the-difference/>

Gabriel de las Morenas

Viene de p. 1

La *blockchain* y su estructura descentralizada son totalmente ajenos a las consi-

deraciones personales. Por ende, hay una *neutralidad* absoluta, dado que los nodos que aprueban las operaciones las validan por la coincidencia de los códigos público y privado del *tradens* y por la existencia de suficiente activo para concretarlas. De modo que, si el fin es ilícito o inmoral no será la *blockchain* la que pueda conjurar los efectos indeseados de esa transacción (2).

En cierto sentido estas operaciones al ser abstractas, porque prescinden de la causa, se emparentan en ese aspecto con la transferencia de los títulos de crédito. Es más, también son autónomas, dado que al *accipiens* no le es oponible ninguna de las defensas que pudieron oponerse al *tradens*. No, al menos, en términos de poder hacer reversible una operación con ese fundamento.

Los criptoactivos no son títulos valores, explican otros autores. Sostienen que no existe un derecho propio incorporado a obtener una suma de dinero, sino que existe un derecho en expectativa cuya cuantía dependerá del valor al momento de hacer efectivo el cobro del título según el tipo de cambio vigente que, al ser una moneda descentralizada, se rige absolutamente por el sistema de oferta y demanda. Además,

(2) BOAR, Andrei, "Descubriendo el *bitcoin*", Profit, Madrid, 2018, p. 47.

refieren, que la variación de la suma a pagarse importa una violación al principio de literalidad que establece que la extensión, el alcance y contenido de los derechos y obligaciones incorporadas al título deben surgir de lo allí expresamente contenido.

La *blockchain* brinda, desde su descentralización, un contexto negocial de seguridad operativa casi perfecta. Esto es muy importante, porque implica que las operaciones son seguras en el sentido de que las fallas sistémicas son estadísticamente insignificantes. En otras palabras, quien opera en el ambiente *blockchain* tiene una certeza casi absoluta sobre la calidad de las operaciones que realiza. Ellas se verán siempre verificadas, en la medida que se cumplan con las normas del protocolo.

Por último, y como consecuencia del punto anterior, las operaciones son *trazables* al ciento por ciento. Es decir, se puede conocer quién fue el *tradens* y quién fue el *accipiens* y no habrá duda alguna ni manera de escabullirse.

Pero esa certeza se encuentra relativizada por una cuestión muy importante. Las identidades en la red son *seudónimas*, esto significa que podemos conocer el nombre que el usuario ha decidido utilizar, por ejemplo “tigre22”. No podemos saber quién es la persona o quiénes las personas que se esconden bajo aquella identificación. La única posibilidad de tener cierto grado de certeza sobre el particular estará dada por las transferencias efectuadas desde y hacia *exchange* con política de KYC (3) verificable. No todas las *exchange* desarrollan esta política, de modo que la opacidad no solo existe, sino que es parte de la realidad del fenómeno. Además, como es obvio, no es obligatorio contratar un *exchange* para que oficie de intermediario en las transacciones con activos *cripto*. Por tanto, las transacciones directas entre diferentes usuarios de la red (4) son trazables pero *seudónimas*. Y ese carácter *seudónimo* redundará en una opacidad que, según quien lo mire, hace a la atracción o repulsa que estas operaciones generan. El anonimato en materia de tenencia de riqueza halla en las operaciones con *criptoactivos* una herramienta ideal.

Esa es la razón por la que las agencias nacionales e internacionales que combaten el lavado de activos se muestran poco entusiastas con estas *criptomonedas*. La verdad es que si bien las *criptomonedas* no son en sí mismas causa de los males que muchas veces se les endilgan, no es menos cierto que son vehículo eficaz para hacer circular riqueza generada por medios ilegítimos como puede ser el tráfico de sustancias prohibidas, la venta de armas y, en el caso argentino, la mera evasión fiscal.

Por el contrario, en el ecosistema *cripto* se predica un optimismo desmesurado hacia la autorregulación (5) y no se ha brindado ninguna herramienta conocida y eficaz que tienda a la nominatividad explícita de estas transacciones (6).

En el orden comparado se observa a ese respecto una tendencia a fiscalizar los activos en *cripto* en los intermediarios o *exchange* (7) cuando abandonan el mundo *cripto* para transformarse en activos reales. Existe en tal proceder un reconocimiento implícito a las serias dificultades que se hallan para identificar, por un lado, activos

cripto y, por el otro, usuarios; y vincular unos con otros.

III. De nuevo sobre los *criptoactivos* y sus efectos jurídicos

III.1. Marco legal general aplicable

Luego de este *proemio* podemos adentrarnos en el análisis de las cuestiones que nos habíamos propuesto en el acápite.

Para empezar, memoraremos que en una nota de doctrina que hemos publicado durante el año 2021 habíamos efectuado algunas afirmaciones que hoy nos proponemos revisar a la luz de nuevos conocimientos y evidencias que hemos adquirido (8). En efecto dijimos en aquella oportunidad que las *criptomonedas* no son dinero (9) y que debía subsumirlas en el concepto de los *bienes que no son cosas* regulados en el art. 764 Cód. Civ. y Com. Ese artículo dice: “Aplicación de normas. Las normas de los Parágrafos 1º, 2º, 3º y 4º de esta Sección se aplican, en lo pertinente, a los casos en que la prestación debida consiste en transmitir, o poner a disposición del acreedor, un bien que no es cosa”.

Volviendo entonces a nuestra idea de que las *criptomonedas* se encuadran en lo que llamamos “*bienes que no son cosas*”, seguiremos intentando, entonces, discernir cuáles normas del derecho de fondo son aplicables y en qué forma.

Razonábamos que los arts. 746 y 747 Cód. Civ. y Com. son aplicables, porque encuentran compatibilidad con los *criptoactivos*. En efecto, sostuvimos que, conforme el art. 746 Cód. Civ. y Com., el deudor debe mantener las cualidades de los *criptoactivos* hasta tanto los transfiera al acreedor. Y en cuanto al art. 747, Cód. Civ. y Com., referimos que el acreedor tiene derecho de inspección. Ahora bien, tales consideraciones merecen ser ampliadas, a fin de evitar una simplificación que conspire contra la utilidad práctica de aquello que pretendemos decir.

En punto al art. 746, Cód. Civ. y Com., la cualidad principal del *criptoactivo* por su naturaleza digital tiene que ver con seguir en poder del deudor o de quien sea mandatario de aquel para realizar la transacción.

En efecto, como es sabido, los *criptoactivos* estarán guardados en una billetera *caliente* o una *fría*. Si fuere el caso de que se guarden en una *cold wallet* las dificultades son menores, dado que el deudor tiene el monopolio de la disposición en la medida que dicha billetera tendrá por segura la clave privada habilitante para transferir.

En el caso de la billetera *caliente* la cuestión tendrá dos matices. Si la clave secreta es conservada por el deudor en forma personal, será su responsabilidad acreditar su posesión para habilitar la transacción. Pero no sería nada extraño que la clave ya no se encuentre bajo la égida del deudor, sino de un empresario profesional de las transacciones de *criptoactivos*, comúnmente llamados “*exchange*”. Estos cambistas de nuevo cuño son aquellos que se especializan en las operaciones de esta índole y administran las claves de sus clientes (10) (11).

Esto importa una transferencia decisiva del deudor de facultad de la disposición

al *exchange*. Esa cesión de facultades, que contiene un mandato de hacer, también se encuentra revestida de una alta dosis de fiducia. En efecto, al ceder un sujeto la clave secreta que habilita la disposición de los *criptoactivos*, se verifica la característica asimetría entre el medio elegido y el fin perseguido que tan propia resulta de los negocios fiduciarios.

Es que, nada impide que el *exchange* abuse de esas facultades y transfiera los *criptoactivos* sin ninguna cortapisa. La *blockchain*, como vimos, es inmune a toda consideración subjetiva y una transferencia validada por la clave secreta será efectiva ni bien se apruebe. Y así, validada, será irreversible, con lo que la moneda *cripto* involucrada saldrá del patrimonio del deudor hacia la billetera de otro sujeto.

Resulta así que el verdadero propietario cedió su clave secreta al *exchange* para delegarle a este la operatividad de las transacciones, de modo que, volviendo a la cuestión obligacional, podría el acreedor requerir un informe a quien tiene la clave secreta para que confirme la tenencia. Todo ello en razón de lo dispuesto en el art. 747, Cód. Civ. y Com., que no solo resulta aplicable, sino de utilidad para dar seguridad a la operatoria.

III.2. Aplicación del art. 749, Cód. Civ. y Com.

En cuanto al art. 749, Cód. Civ. y Com., que dice: “Obligación de dar cosas ciertas para transferir el uso o la tenencia. Remisión. Cuando la obligación de dar una cosa determinada tenga por objeto transferir solamente el uso o la tenencia de ella, se aplican las normas contenidas en los títulos especiales”.

Dijimos en aquella oportunidad que tiene una aplicación limitada en tanto, como se verá más adelante, la posibilidad de escindir el uso de la propiedad en la moneda *cripto* aparece dificultosa en este rubro. Parece que la propia forma de la transmisión de estas monedas impide escindir aspectos de su dominio y obliga a utilizar otras formas jurídicas, como el fideicomiso o el dominio revocable que más arriba habíamos señalado. El contrato por el cual se cede a un *exchange* la clave secreta para que “administre” la tenencia de moneda *cripto* involucra más una fiducia que un desmembramiento del dominio.

El art. 750, Cód. Civ. y Com., que dice: “Tradición. El acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario” resulta aplicable plenamente. Solo que hemos de profundizar un tanto en lo que importa la noción de “tradición” en clave de *criptoactivos*. La tradición referida a los *bienes que no son cosas* presenta las dificultades o caracteres propios de la falta de materialidad. Porque, como es obvio, la tradición posesoria a la que refiere el art. 1892 Cód. Civ. y Com. poco tiene que ver con la naturaleza de estos activos.

La tradición en este caso se verifica por la realización de las operaciones algorítmicas en el entorno *block chain*, para que la moneda *cripto* salga de la billetera del deudor y se acredite en la billetera del acreedor. Esas operaciones algorítmicas de verificación que conforman el procedimiento para

dar con la adquisición del acreedor son, como vimos anteriormente, las que dotan de gran seguridad a las transacciones en este entorno.

Pero surge también como dato de la realidad que la tradición de este bien no es directa entre *tradens* y *accipiens*, sino mediada por el sistema de la *blockchain*. Puede ser, incluso, que la operación de transferencia del activo se vea rechazada, porque aquel sistema detecta una inconsistencia. Por ejemplo, el cedente ha cedido una moneda *cripto* que en realidad no tiene. En ese caso la tradición se verá interrumpida y el acto jurídico quedará trunco; las consecuencias de ese incumplimiento del deudor quedarán fijados según lo que diga el acuerdo de voluntades o, en su defecto, según las reglas generales de responsabilidad.

Los arts. 751, 752 y 753, Cód. Civ. y Com., están fuera de la órbita de los *criptoactivos* por ser estos y su naturaleza incompatibles con el concepto de *mejora*.

III.4. Aplicación del art. 754, Cód. Civ. y Com.

En lo que toca al art. 754, Cód. Civ. y Com., que dice: “Frutos. Hasta el día de la tradición los frutos percibidos pertenecen al deudor; a partir de esa fecha, los frutos devengados y los no percibidos le corresponden al acreedor” sus consecuencias son interesantes. Si asumimos que la tradición ocurrirá, como vimos, cuando la *blockchain* autorice la operación, parece claro que si algún fruto se generaba, los anteriores serán del *tradens* y los posteriores al *accipiens*.

Pero, ¿de qué frutos estamos hablando? Es claro que la simple tenencia de moneda *cripto* no genera ningún fruto, entendiéndose por tal a la generación de otro bien derivado de aquella. Ahora bien, la moneda *cripto* puede ser cedida para que sea administrada por un *exchange* o *broker*. En tales casos, puede haber una remuneración por tal uso que puede ser pactada en la misma especie —en el caso en la misma moneda *cripto*—, en otra diferente —en una moneda *cripto* diferente—, o bien en dinero de curso legal.

De suyo que, frente a la transferencia de la moneda *cripto* que da origen a esos frutos, el propio *exchange* que administra ya no podrá obtener frutos de ella y, por consiguiente, no habrá frutos para el propietario que se desprendió de ella. Todo lo cual es sencillo de apreciar.

No obstante, puede darse el caso de que la moneda *cripto* invertida en un *exchange* sea transferida entre clientes de esa misma agencia. Y que, tanto deudor como acreedor, consentan en mantener la clave secreta en poder del *exchange* para que ella la administre. En tal caso, para el *exchange* la transferencia importará una mera variación en sus asientos y la línea divisoria de los frutos será aquella que traza el art. 754, Cód. Civ. y Com.

III.5. Aplicación del art. 755, Cód. Civ. y Com.

El art. 755, Cód. Civ. y Com., dice: “El propietario soporta los riesgos de la cosa. Los casos de deterioro o pérdida, con o sin culpa, se rigen por lo dispuesto sobre la

(3) Know your client o Conoce a tu cliente.

(4) Llamadas P2P (pier to pier)

(5) Comp.: s.cointelegraph.com/news/law-decoded-best-regulation-is-self-regulation-oct-11-18

(6) Se tienen noticias crecientes sobre las regulaciones estatales en la materia sobre todo en el mundo desarrollado. Compulsar: VIÑA, Gonzalo Ariel, “Los

criptoactivos a la luz del derecho argentino: estado de situación ante los incipientes desafíos” (segunda parte), ED-290-931.

(7) AUED, Alejandro - BORDIGNON, Gabriel, “*Criptomonedas, Blockchain y sistemas tributarios*” en *Fiscalidad de las criptomonedas y de la economía digital*, FCE-UBA, p. 23 en: dicon.consejo.org.ar/wp-content/

uploads/2020/11/FISCALIDAD-DE-LAS-CRIPTOMONEDAS-Y-DE-LA-ECONOMIA-DIGITAL-.web.pdf

(8) De las MORENAS, Gabriel, “*Criptomonedas como desafío al derecho patrimonial*”, LA LEY, 2021-E, 541.

(9) Ello a pesar de las muchas semejanzas y de la discusión abierta que existe en el punto tanto en la doctrina nacional como en la internacional.

(10) Para ver una interesante conceptualización sobre este contrato, compulsar: TSCHIEDER, Vanina Guadalupe, “*Criptosactivos como objeto de los actos jurídicos*”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 147.

(11) En el ámbito *cripto* se ha amalgamado la máxima “*Not your keys, not your coins*” (sin tus claves, no son tus monedas).

imposibilidad de cumplimiento". Como decíamos, esta norma consagra el antiguo principio de *res perit domino* y establece así, con acierto, la tradición como frontera para saber a quién perjudica el deterioro, sustracción o desaparición de las monedas cripto. En caso de que dicha pérdida opere antes de la tradición la misma norma reenvía a la "imposibilidad de cumplimiento" regulados en los arts. 955 y 956, Cód. Civ. y Com., para analizar las responsabilidades del caso.

Claro que no podemos dejar de señalar, como anticipáramos en el trabajo anterior, que no siempre resultará sencillo discernir quién es el propietario que deba soportar tales eventos negativos sobre la criptomoneda. Es que habíamos concluido que quien tiene la clave secreta es el que tiene la posibilidad de disponer sobre estos activos. Entonces, si la clave secreta la tiene un exchange que administra y dispone de ella para realizar negocios con los activos cripto, ¿quién es realmente el dominus?

Ni más ni menos ese es el conflicto que debió resolver la Corte de Nueva Zelanda, que intervino en el conocido precedente "Cryptopia" (12), una quiebra de un *exchange* provocada por una falla de seguridad que provocó la pérdida o sustracción de una ingente cantidad de moneda cripto.

Allí hubo una tensión entre los poseedores de criptomonedas administradas por un *exchange* llamada Cryptopia, que entró en liquidación por quiebra, y los acreedores que querían cobrarse sobre esa moneda. Para estos últimos resultaba muy conveniente considerar a los tenedores de moneda *cripto* como simples acreedores, también danmificados. En tal caso, aquellos activos cuando fueran vendidos durante el proceso de bancarrota serían repartidos *pari passu* entre acreedores por créditos y acreedores por haber entregado moneda *cripto* al deudor.

En tal caso, la Corte neocelandesa concluyó sosteniendo que existía un *trust* entre los tenedores de cada moneda *cripto* y que esa tenencia era diferente de los acreedores comunes. La regla del *pari passu* se aplicó solo entre los miembros de cada *trust*, pero no con respecto a los demás acreedores de la quiebra. De tal forma, la implicancia de tal decisorio es que pese a haber cedido sus claves secretas al *exchange*, se decidió que la moneda era un aporte diferente del de los acreedores. Estos no pudieron cobrar sobre la criptomoneda.

Pero, al mismo tiempo, la Corte de Nueva Zelanda consideró que los tenedores de cada moneda *cripto* constituían un *trust* (13) y que, a su interior cobraban *pari passu*, en proporción a sus tenencias originarias, pero con desvinculación del hecho de que su moneda existiera o no en el inventario de la fallida. Recordemos que, dada la trazabilidad propia de la *blockchain*, no era imposible determinar si el *bitcoin* de cada inversor se encontraba allí.

Para concluir, podemos señalar que, a los efectos prácticos, se impondrá revisar en cada caso por parte de los jueces la relación obligacional nacida entre el tenedor de la moneda *cripto* y el *exchange* de modo previo a resolver a quién se imputa la pérdida o sustracción de la moneda. Empero, en principio, la regla será que quien cuen-

ta con la clave secreta es el propietario y quien la cedió tendrá unas vías de reclamo que no necesariamente serán las de la entrega de aquella misma moneda —o la misma especie—.

El art. 756, Cód. Civ. y Com., no tiene aplicación, porque refiere a los bienes inmuebles.

III.6. Aplicación del art. 757, Cód. Civ. y Com.

El art. 757, Cód. Civ. y Com., que dice: "Concurrencia de varios acreedores. Bienes muebles. Si varios acreedores reclaman la misma cosa mueble prometida por el deudor, son todos de buena fe y a título oneroso, tiene mejor derecho: a) el que tiene emplazamiento registral precedente, si se trata de bienes muebles registrables; b) el que ha recibido la tradición, si fuese no registrable; c) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior" despierta dudas en cuanto a si su contenido resulta útil en el marco de operaciones jurídicas con *cripto*. Las operaciones de cesión de criptoactivos no pueden operar al unísono respecto de varios acreedores, porque, como hemos visto, la transferencia solo operará respecto del sujeto cuya clave pública se ingrese para completarla.

Empero, esta norma no se posiciona del lado del *tradens*, sino del lado de los acreedores a los que aquel prometió la moneda *cripto*. Resuelve el conflicto entre esos acreedores acerca de quien tiene la prioridad para quedarse con lo prometido por el deudor. Entonces, advertimos que no habrá aplicación práctica desde que siempre que haya operado la tradición mediante las operaciones informáticas, no habrá ya más nada que discutir. La irreversibilidad de la operación de transferencia torna ociosa cualquiera otra consideración y, entonces, la aplicación de este art. 757, Cód. Civ. y Com., deviene *contra natura*.

En todo caso, como las monedas *cripto* son bienes asimilables a fungibles —más adelante profundizaremos (14)— y, por tanto, el deudor siempre tiene a mano la posibilidad de obtener ejemplares de la especie prometida. Ahora bien, para el caso de que el deudor transmitiera una criptomoneda a un acreedor, pero no a otros, estos últimos no podrían pretender derecho alguno sobre la moneda ya transferida. Quedando, claro está, para esos acreedores la acción prevista en el art. 758, Cód. Civ. y Com., para el acreedor frustrado.

III.7. Aplicación del art. 759, Cód. Civ. y Com.

En cuanto al art. 759, Cód. Civ. y Com., que dice: "Regla general. En la obligación de dar para restituir, el deudor debe entregar la cosa al acreedor, quien por su parte puede exigirla. Si quien debe restituir se obligó a entregar la cosa a más de un acreedor, el deudor debe entregarla al dueño, previa citación fehaciente a los otros que la hayan pretendido".

Decíamos en aquel primer trabajo que esta norma establece un marco para las empresas especializadas, generalmente llamados *exchange* (casa de cambio virtual), que se dedican a utilizar criptomonedas propias o ajenas con diversos fines lucrativos. En estos casos, una persona que

adquirió los criptoactivos puede acordar ceder su uso y goce a un tercero a cambio de cierta remuneración en la misma especie o en otra concertada; o bien acordar un marco especulativo para una venta futura de la divisa. Pero esa transferencia entrará en el marco de la obligación de dar para restituir que regula el art. 759, Cód. Civ. y Com. Es interesante que la norma ordena al deudor devolver al dueño de la criptomoneda, si este se la requiere. Aun cuando del acuerdo suscripto oportunamente se desprenda que quienes finalmente debían recibir los activos eran otros acreedores. Estos últimos solo tienen derecho a ser citados por el deudor para conocer la situación.

El ejemplo que podemos brindar de esta operación es la siguiente: Cayo tiene un *bitcoin* en su billetera. Decide invertirlo en el *exchange* Megabit, para lo cual suscribe un contrato en el que entrega la clave secreta que habilita a disponer del *bitcoin* e indica que al terminar el contrato le sea entregado tanto el *bitcoin* y los *satoshis* pagados en contraprestación por Megabit a Gayo y Lucio. Estos últimos son dos prestamistas a los que Cayo debe cierto dinero a cada uno, derivado de su afición por los juegos de apuestas.

Si Cayo requiere a Megabit la devolución del *bitcoin* luego de cumplido el plazo contractual, esta deberá devolverlo y solo tendrá que dar aviso a Gayo y Lucio de tal requerimiento del dueño originario y el cumplimiento de su parte. Esos acreedores deberán adoptar las medidas legales que fuere menester, pero no podrán impedir el reapoderamiento digital de Cayo.

No obstante, la operatividad antes descripta no es ineluctable. Si el contrato firmado entre Cayo y Megabit fuera un fideicomiso de administración o garantía podrían ser sus beneficiarios, por la totalidad o parte del patrimonio fideicomitado, los acreedores. En tal caso, la cesión al fiduciario del *bitcoin* sería irreversible y Cayo solo tendría la posibilidad de reclamar algo en la medida que el propio contrato de fiducia se lo permitiera.

Si pensamos que las monedas *cripto* son asimilables a las cosas fungibles, los arts. 759, 760 y 761, Cód. Civ. y Com., no resultarían aplicables y, además, no hay una relación jurídica de naturaleza real *stricto sensu* involucrada.

III.8. Aplicación de los arts. 762 y 763, Cód. Civ. y Com.

Finalmente, los arts. 762 y 763, Cód. Civ. y Com., si resultan aplicables plenamente. Justamente estas normas refieren a una prestación fungible que es asimilable al caso que nos ocupa.

El art. 762, Cód. Civ. y Com., que dice: "Individualización. La obligación de dar es de género si recae sobre cosas determinadas solo por su especie y cantidad". Sin que las criptomonedas sean cosas, son bienes individualizables por el género, dado que, en principio, su existencia es relativamente infinita y aplica a ellos la máxima *genus nunquam perit*.

El art. 763, Cód. Civ. y Com., dice: "Período anterior a la individualización. Antes de la individualización de la cosa debida, el

caso fortuito no libera al deudor. Después de hecha la elección, se aplican las reglas sobre la obligación de dar cosas ciertas".

Habíamos dicho sobre el particular que permitiría, por ejemplo, que un deudor de moneda *cripto* elija cuál de sus tipos transferir al acreedor en función de cierto dinero que este pudo haber abonado. A su turno el artículo en cuestión fija dos reglas importantes en la relación obligacional: (i) Antes de la elección de la cosa debida el caso fortuito no libera al deudor; y (ii) Después de la elección se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas, es decir los arts. 750 y ss. ya revistados. Empero, esos conceptos deben ser revisados si asumimos que los criptoactivos, en principio, son relativamente infinitos, en el sentido de que existen disponibles en el mercado una cantidad de su especie para que sea adquirida por el deudor.

Si la billetera del deudor es agredida por un *hacker* antes de la tradición y la *cripto* hurtada, el deudor puede adquirir otra unidad idéntica para cumplir con la especie prometida al acreedor.

Al contrario, solo consideramos aplicable el art. 763, Cód. Civ. y Com., en criptoactivos de edición limitada cuya individualidad es relevante y, entonces, el deudor puede ser liberado por el caso fortuito anterior a la tradición y el acreedor puede ejercer el derecho que le confiere la última parte del art. 763, Cód. Civ. y Com.

IV. Los dilemas jurídicos de esta nueva clase de bienes

Insistimos en la idea de que *los criptoactivos son bienes*, y por ende subsumibles en el art. 764, Cód. Civ. y Com., y su reenvío. Pero estos bienes tienen una calidad particular que nos llevan a la reflexión sobre los límites que marcan las categorías actuales para abarcar la comprensión del fenómeno. Cabe destacar que la doctrina alumbrada, casi junto con la nueva codificación, consignaba, como ejemplo de los bienes inmateriales con valor económico, a los créditos (15). Esos créditos eran los que tradicionalmente se hallaban asentados en base escrita o en una analogable a ella. Pues bien, podemos decir que esas descripciones y sus analogías hallan su límite en la peculiaridad no solo del entorno en el que se desarrollan, la *blockchain* ya revista, sino también en las propias características del criptoactivo.

Porque una cuestión es el régimen positivo aplicable que no puede escapar del marco del art. 764, Cód. Civ. y Com., y su reenvío. Y otra diferente es reflexionar sobre los límites que ese marco normativo muestra.

Cuando Castillejo Arias (16) sostiene que los criptoactivos *son cosas*, no parece claro que hay un forzamiento del concepto de *cosa* que brinda la codificación vigente. Pero esa visión del autor citado no es caprichosa, sino que responde a la necesidad de hallar una respuesta desde el Derecho a un fenómeno que resulta difícilmente abaricable en las categorías tradicionales. Por eso dicho autor refiere que son *cosas perceptibles* o dotadas de perceptibilidad (17) y que el poseedor de un *bitcoin* se comporta para con él como si tuviera una verdadera cosa física, concluyendo que la relación es directa e inmediata (18); y que esa per-

(12) Corte Suprema de Nueva Zelanda, "David Ian Ruscoe And Malcolm Russell Moore c. Cryptopia Limited (in Liquidation)", 08/04/2020, LA LEY 15/05/2020, 7, con nota de Guido DEMARCO, /JUR/10093/2020.

(13) Esto es, un *trust* por cada tipo de moneda administrada por el *exchange*. Así, un *trust* de *bitcoin*, otro de *ethereum*, etc.

(14) Favier Dubois, hablando del *bitcoin*, afirma que es

fungible. Comp. FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., "Criptomonedas, patrimonio y derechos de los acreedores", LA LEY, 2021-F, 534.

(15) OSSOLA Federico, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", LORENZETTI, Ricardo (dir.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. V, p. 117.

(16) CASTILLEJO ARIAS, Víctor A., "Bitcoin y el derecho de propiedad: ¿Cosa o bien material?", RCCyC 2020

(febrero), 245, TR LALEY AR/DOC/4056/2019.

(17) Siguiendo a Freitas afirma: "...A su vez, por el contrario, una vez exteriorizada la clave, uno podría argumentar que dicho *bitcoin* se asemejaría aún más a una cosa corpórea. Ya que no solamente se cuenta con un mero elemento matemático, sino que el *bitcoin* formaría parte de un conjunto de elementos físicos que hacen a su existencia".

(18) En este punto el autor sigue a CHOMCZYK, An-

drés, "Status legal actual de los Bitcoins en Argentina", *elDial.com*, 10/09/2014. También puede considerarse un antecedente judicial, por cierto, muy citado, el conocido caso: CNCom., Sala D, 15/05/2008, "Bieniauskas Carlos c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario", que adopta una postura similar respecto de la interpretación extensiva del concepto de cosa, en relación con valores digitales.

ceptibilidad puede ser alcanzada a través de una relación más complicada de comprender que las cosas “tradicionales” (19). Lo propio podemos decir de aquellos autores que han ideado una nueva categoría a la que denominan “bienes muebles digitales” (20). Serían bienes muebles que surgen de la actividad electrónica de forma similar a la generación de programas de computación o archivos. Nos parece que esta definición también fuerza conceptos desde que lo mueble o inmueble de una cosa se relaciona con su corporeidad y, por ende, con su traslación por el espacio. Los activos digitales no están situados en un espacio físico, de lo que se sigue que no se mueven de un lado a otro en un sentido físico. Sentado lo anterior, parece ingeniosa la definición, casi como una licencia poética, que permite aprehender la noción de estos activos y su particular manera de ser adquiridos y transmitidos.

Lo propio puede decirse de quien considera las *criptomonedas* como una especie de moneda. En interesante trabajo, Favier Dubois (21) ha sostenido que se trata de “moneda sin curso legal” asimilable a moneda extranjera, a la que aplicarían las reglas de las obligaciones dinerarias. Fundamenta su postura en los siguientes argumentos que resumimos: (i) Se trata de moneda porque cumplen las tres funciones de ella: reserva de valor, patrón de medida y refugio de valor; (ii) Carece de curso legal; (iii) son *cosa* porque el dinero es siempre una cosa. Explica luego que se trataría de una cosa con condición dineraria, asimilable al dinero extranjero, por su falta de curso legal.

No compartimos la postura del autor citado. Nos parece que no resulta posible considerar a las *criptomonedas* como moneda, dado que es harto difícil razonar que son, genéricamente hablando, útiles como reserva de valor. Las recientes noticias sobre lo ocurrido en el caso “Terra” de Corea del Sur donde colapsó una *stable coin* (22) hablan a las claras de una inversión especulativa que no es asimilable al atesoramiento perseguido por quien adquiere una moneda. Ciertamente es que algunas monedas nacionales pueden devaluarse más que *Terra*, pero el curso forzoso del poder estatal es una diferencia, a nuestro entender, que las quita de la comparación.

Además, la consideración del dinero como *cosa* parece responder a una tradición histórica derivada de su existencia en metálico primero y en billetes después. Ulteriormente esa categorización parece anclada más en aquellos conceptos históricos que en la realidad, desde que buena parte del circulante es dinero digital que se representa por asientos en cuentas bancarias o de otro tipo.

En nuestra opinión son *bienes, bienes incorpóreos, de composición digital y por ende etérea* (23). La posibilidad de percibir su existencia a través de nuestros sentidos es a través de sus recipientes. El programa instalado en mi celular donde se ubica la billetera virtual puede ser conocido por mí a través del recipiente que es el dispositivo donde se aloja. No creo que pueda hablarse

de materialidad en el sentido que el derecho positivo le asigna a la fecha.

En todo caso, podemos pensar en modo *de lege ferenda*, que la división que hoy tenemos legislada en Argentina a los bienes y las cosas se muestra insuficiente. Pero, hasta tanto ocurra una reforma legislativa que amplíe los horizontes, no me parece apropiado estirar los conceptos.

Lo dicho no hace sino profundizar las dudas y problemas interpretativos. Seguiremos, a continuación, con el análisis.

V. Una aproximación desde las obligaciones de género

Lo antedicho, en cuanto implica reafirmar que las *criptomonedas* no son cosas sino bienes, no impide que se puedan adoptar soluciones analógicas que la propia ley brinda (24). La analogía es una regla interpretativa por la cual se aplica a un supuesto fáctico no previsto en las leyes la regulación destinada a un caso diferente con el que guarda similitud (25).

El Código Civil y Comercial en su art. 762 describe las obligaciones de dar como *de género, si recaen sobre cosas determinadas solo por su especie y cantidad. Y agrega: las cosas debidas en una obligación de género deben ser individualizadas.*

En el caso del *cripto*, ya dijimos, no son cosas, pero son unos bienes muy particulares con un notable parecido a las cosas fungibles. Porque cada unidad de la moneda *cripto* puede ser definida por su tipo con independencia de su individualidad. Un *bitcoin* es un *bitcoin*, un *ether* es un *ether*, sin importar cuál es su fuente. No tiene un carácter individual. Esa intercambiabilidad de los individuos de un mismo género hace a su fungibilidad.

Es por eso que, a diferencia de lo que ocurre con las obligaciones de género, donde debe existir una individualización como paso previo al cumplimiento obligatorio, en las obligaciones de dar cosas fungibles no ocurre. Llambías decía, en el mismo sentido, que en el caso de las obligaciones de género, un individuo no equivale exactamente a otro del mismo género, sino que presenta caracteres diferenciales que hacen que no sea indiferente el cambio de uno por otro (26).

Claro que, en el caso de las obligaciones de transferir *cripto*, cada una de ellas tiene una trayectoria particular dentro de la *blockchain* y puede estar asociada a diferentes transacciones. Es decir, cada unidad de *criptomonedas* es perfectamente identificable, como identificables son los billetes-moneda por su número de serie. Pero esa individualidad no impide considerar que son fungibles, dado que para el acreedor que espera una *bitcoin* será lo mismo recibir una *bitcoin* cualquiera o, para el que espera un *ether*, dará lo mismo cualquier *ether*.

Para seguir complicando la analogía con las obligaciones tradicionales, las *bitcoin* son fungibles entre sí, pero no son infinitas. Y no son infinitas, porque tienen un

protocolo trazado o *white paper* que fijará su número final desde el momento de su creación. Otras *criptomonedas* no tienen ese límite y, por ende, a su modo serán infinitas. Pero esa indeterminación siempre será relativa, dado que una infinitud absoluta conspiraría contra el propio valor del *criptoactivo* que se trate.

Bien pensado podemos deducir que, en rigor, muchas cosas consideradas fungibles son un *género limitado* (27). Por ej., el dinero. La moneda de curso legal no es infinita, sino que es impresa, o en los días que corren emitida, bajo orden y supervisión del Banco Central. Si bien es un ejercicio más teórico que práctico, la existencia de moneda es limitada también (28).

Ahora bien, desde antiguo el *género ilimitado* ha sido entendido como la posibilidad concreta de obtener diferentes individuos del género en condiciones razonables de disponibilidad. Frente a ese tamiz, aparece claro que la moneda *cripto* presenta para el deudor la posibilidad de obtenerla o de re-obtenerla en caso de pérdida.

De su lado, la nomenclatura de “obligaciones de cantidad” refiere a las que versan sobre cosas fungibles, entendiéndose por tales aquellas que son intercambiables entre sí, por lo que es indiferente recibir esta cosa o aquella otra. Modernamente se ha considerado que esta clase de obligaciones son un subtipo de las obligaciones de género. Es un subtipo de aquellas, porque, como ya vimos, no hace falta ninguna elección, dado que los individuos son irrelevantes.

El viejo Código de Vélez mandaba al acreedor a individualizar la cantidad, aunque el mismo Llambías hablaba de un acto conjunto o bilateral entre acreedor y deudor. Este último es indispensable, desde que es el dueño de las cosas.

El acreedor de cosas fungibles puede así, en caso de incumplimiento del deudor, reclamar el pago en la especie prometida. El pago en dinero no honra la obligación, sino que constituye una indemnización sustitutiva.

En lo que toca a la cosa que debe ser dada, la fungibilidad es una característica constitutiva e identitaria de la obligación. Las cosas fungibles son aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad.

En clave de definición legal podemos decir que mientras la moneda *cripto* se encuentre en la billetera del deudor, su pérdida lo perjudicará por el principio *res perit domino*. Y tal contingencia deberá ser soportada por aquel, desde que también aplicará la máxima *genus nunquam perit*. La readquisición de la moneda *cripto* por parte del deudor para satisfacer en la especie acordada a su acreedor no parece una empresa muy dificultosa.

En el caso de la moneda *cripto* la individualización no tendrá lugar, por ser inapropiada a los caracteres de estos bienes.

Por tanto, todas las reglas de origen preterito generadas a la sombra de la individualización como línea divisoria del riesgo no revisten interés práctico alguno (29). Es más, si asumimos que la fungibilidad lleva ínsita una indeterminación *in obligatione* respecto a la cosa que debe entregarse (30), este concepto no parece llevarse mal con los negocios sobre *criptomonedas*, en los que, en principio, al acreedor da igual que se le transfiera aquel individuo o aquel otro del género, en tanto el valor y caracteres de ambos resulten equivalentes.

VI. Otra dosis de analogía: las obligaciones de dar sumas de dinero

La analogía con las obligaciones de dar sumas de dinero, no obstante lo dicho, es también muy grande. Algunos autores decían que la moneda es la *cosa* mueble que se utiliza como medida de valor para toda clase de bienes, pudiendo emplearse como medio general de cambio (31).

Pero queda claro que no toda la moneda de curso legal es “cosa”. La mayor parte del dinero de curso legal son asientos informáticos en cuentas diversas que poseen las personas. La moneda papel, ni hablar la metálica, son antiguallas propias de un museo para cualquier economía desarrollada. En economías como la Argentina, con una parte sustancial de la actividad sumergida, el papel moneda conserva todavía algo de su viejo esplendor.

¿Podemos seguir diciendo que las obligaciones de dar sumas de dinero refieren a un género de cosas en el sentido y con el alcance que refiere el art. 16 Cód. Civ. y Com.? Máxime cuando en esa misma norma el legislador se vio casi obligado a dar el *status* de *cosa* a bienes que visiblemente no lo son, como la energía y las fuerzas naturales al servicio del hombre. Señala Lorenzetti que la tradición legislativa identifica a los *bienes* con la valoración económica; y para este fin no es determinante si son materiales (cosas) o inmateriales, porque lo que interesa es que tengan valor, y este elemento, para la letra del Código, y en su interpretación para la mayoría de la doctrina, es económico y no afectivo (32).

Decía Borda que el dinero es el medio normal del que se sirve el hombre para procurar otros bienes; a la inversa de lo que ocurre con las demás cosas, no proporciona ninguna satisfacción por sí mismo, pero sirve de intermediario en el trueque de cosas y bienes (33). Fácil resulta advertir que la moneda *cripto* se encuentra en una cercanía conceptual notable (34), porque muestra aptitud para cumplir las tres funciones principales del dinero: a) medir, representar y conservar el valor; b) un medio de cambio; y c) un medio de pago (35).

Lo que ocurre es que, en el último caso, la aceptación como medio de pago no es forzosa, sino que depende de la voluntad del acreedor. La moneda de curso legal es de aceptación forzosa para los acreedores como especie monetaria empujada por el poder estatal, para cancelar obligaciones como medio de pago originario o residual, como sucedáneo impuesto.

(19) CASTILLEJO ARIAS, Víctor A., “Bitcoin y el derecho de propiedad: ¿Cosa o bien material?”, RCCyC 2020 (febrero), 247, TR LALEY AR/DOC/4056/2019.

(20) KEES, Milton Hernán - KAMERBEEK, Tomás, “Sobre la naturaleza jurídica de las operaciones con *criptomonedas*”, JA-2018-II-1382, quienes en el punto siguen a HIJAS CID, Eduardo, “Bitcoin: Algunas cuestiones jurídicas”, *El notario del siglo XXI*, n° 66, Rev. 66/6526, Madrid/2016.

(21) FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “*Criptomonedas*, patrimonio y derechos de los acreedores”, ob. cit.

(22) <https://es.beincrypto.com/stablecoins-tras-caida-terra-luna/>

(23) En igual sentido compulsar: VIÑA, Gonzalo Ariel, “Los *criptoactivos* a la luz del derecho argentino: estado de situación ante los incipientes desafíos” (primera parte), ED-290-918.

(24) Tal la manda interpretativa contenida en el art. 2º Cód. Civ. y Com.

(25) ALTERINI, Jorge Horacio, “Fuentes. Interpretación y aplicación del Derecho en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2018-C, 869.

(26) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “Obligaciones”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, t. 2, n° 858, p. 233.

(27) BORDA, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil-Obligaciones”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, t. I,

p. 376, n° 450.

(28) Ejemplo teórico que tiene su faz práctica cuando advertimos que existen monedas de curso legal con un valor superior al nominal por razón de su valor numismático. Por ejemplo lo que ocurre con ciertos billetes de \$100 argentinos.

(29) Comp.: LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, ob. cit., p. 239; BORDA, Guillermo, ob. cit., p. 377.

(30) BOFFI BOGGERO, Luis, “Tratado de las Obligaciones”, Astrea, Buenos Aires, 1973, t. III, p. 341 citado por OSSOLA, Federico, ob. cit., t. V, p. 110.

(31) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - BORETTO, Mauricio, “Manual de Derecho Privado”, Ediunc, Mendo-

za, 2006, t. II, Obligaciones, p. 42.

(32) LORENZETTI Ricardo L., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 80.

(33) BORDA, Guillermo, ob. cit., n° 458, p. 379.

(34) Ya señalada en el trabajo de FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “*Criptomonedas*, patrimonio y derechos de los acreedores”, ob. cit.

(35) NUSSBAUM, Arthur, “Teoría jurídica del dinero”, Madrid, 1929, citado por BORDA, Guillermo, ob. cit., p. 380; para ver una adecuada síntesis sobre el origen del dinero compulsar: VIÑA, Gonzalo Ariel, “Los *criptoactivos* a la luz del derecho argentino: estado de

La situación del *cripto* es parecida a la que revisten las obligaciones de dar moneda extranjera, abordadas por el art. 756, Cód. Civ. y Com., y por el art. 617 de la vieja codificación (36). En ambos casos, se ha establecido que son obligaciones de dar “cantidades de cosas”. En la nueva versión el deudor puede liberarse entregando el equivalente en moneda de curso legal, lo cual habilita el cumplimiento en especie diferente (37).

Como se ve, en el caso de las obligaciones de dar sumas de dinero y en las de dar moneda extranjera no nos hallamos frente a cosas *stricto sensu*, sino más bien frente a bienes que, eventualmente, pueden adquirir corporeidad. Todo lo cual parece llevarnos nuevamente a las conclusiones de autores como Chomczyk (38) y Castillejo Arias (39), cuando referían acerca de diferente percepción del *corpus* de las monedas *cripto*. No obstante, seguimos creyendo que la valla es legislativa y que mientras exista reglas positivas, como las que dimanan de los arts. 16 y 764, Cód. Civ. y Com., no cabe forzar la interpretación hasta el punto de considerar estos valores digitales como lo que no son: *cosas*.

En todo caso, la gran diferencia entre el dinero y los *criptoactivos* es que, en el primer caso, el régimen jurídico ha plasmado un régimen obligacional diferenciado adaptado a la naturaleza peculiar de ese rubro. Ese régimen obligacional es fruto de una depuración histórica y dogmática que, como es evidente, en el caso de los *criptoactivos* no se ha alcanzado.

No obstante, es de esperar que la masificación creciente de estos medios de pago alternativos conmueva al legislador, para dotar al Derecho de una herramienta acorde que describa y regule el fenómeno en su complejidad. Mientras tanto hemos de conformarnos con el derecho positivo que tenemos.

VII. Desde la visión contractual

Las dificultades referidas anteriormente se trasladan al ámbito contractual, cuando analizamos contratos que tienen por objeto *criptoactivos*.

Así fue que en nuestro anterior trabajo sobre estos tópicos dijimos que las operaciones de pago mediante *criptomonedas* eran *permutas*. Concluíamos que, en tanto se trocaba un bien cualquiera por una moneda sin curso legal (40), no había compraventa sino *permuta*.

Claro que ese razonamiento contenía un error que aquí hemos de enmendar. La *permuta* involucra el intercambio de cosas y aquí puede haber una cosa de un lado, pero del lado *cripto*, ya lo vimos, hay bienes que no son cosas.

Una respuesta, muy bien sistematizada es la brindada por Tschiedler (41), quien plantea cuatro casos: 1) transferencia de bien intangible a cambio de un precio en dinero; 2) transferencia de bien intangible a cambio de otro bien intangible; y 4) transferencia de bien intangible sin ninguna contraprestación. Esta autora predica la aplicación de la cesión de créditos y lo fundamenta en la propia definición que el régimen fonal brinda para ese contrato: “Hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho” (42) y razona que el elemento caracterizante de este contrato es el hecho de que una de las partes transfiera a la otra un derecho. La prestación en moneda digital o de *criptoactivos* sería así, en esen-

cia, la transmisión de un bien intangible de contenido económico. Concluye que lo que se trasmite, en definitiva, es un derecho de contenido patrimonial.

En nuestra opinión, la cesión de créditos, en el contexto positivo actual, es la figura contractual más aproximada, pero no es exactamente lo adecuado. Es que las cosas en general, y el dinero en particular, transmiten también derechos de contenido patrimonial. Si transferimos dinero electrónicamente, también parece que quedaríamos atrapados en la noción de *cesión de derechos*.

Por tanto, la analogía entre el contrato de cesión de derechos y el de cesión de *cripto* muestra sus límites. Repárese que en el caso de la cesión de créditos estamos frente a una relación triangular en la que el cedente transfiere su posición de acreedor al cesionario, pero del otro lado el cedido, deudor, sigue siendo parte de la relación jurídica transferida. Su notificación lo habilita a efectuar un pago cancelatorio al cesionario. Nada de esto opera en el plano de las transferencias de *criptomonedas*.

El cedente transfiere el derecho económico contenido en la moneda *cripto* y en tal transferencia no hay ningún tercero que tenga interés alguno. Siguiendo el ejemplo geométrico que referíamos, no se trata de un triángulo sino de un mero segmento entre dos partes.

Del mismo modo, hay muchos otros casos en los que los derechos cedidos a través de un contrato de cesión de créditos no son en sí mismos tangibles, como cuando se cede un crédito de cobro, por ejemplo. Lo que puede ser tangible es el instrumento que los contiene, que es algo diferente. Valga como ejemplo que, en el contexto *blockchain*, la notificación de la cesión al deudor cedido no tendría mayor sentido ni sería siquiera posible

Entonces, si bien es cierto que la cesión de derechos no representa un contrato cuyo objeto no está dotado de materialidad, sino que es intangible, al mismo tiempo parece que la tésis legislativa de este contrato no se adapta plenamente a la transferencia de moneda *cripto*.

Otro autor indica que se trata de una *relación contractual innominada*, de modo que el obligado a dar un *criptoactivo* podrá desobligarse cumpliendo con esa prestación y no otra (43). Predica este autor la aplicación del art. 970, Cód. Civ. y Com., que establece: “*Contratos nominados e innominados. Los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por: a) la voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) los usos y prácticas del lugar de celebración; d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad*”.

En suma, ¿qué tipo de contrato es aquel en el que se intercambian cosas, bienes o servicios a cambio de *cripto*? Pues que será un *contrato innominado* asimilable en su estructura a la compraventa, dada la evidente similitud que presentan las obligaciones de transferir *cripto* con el pago en dinero. Para más, el art. 970, Cód. Civ. y Com., contiene un esquema plástico de interpretación para estos contratos del todo compatible con la peculiaridad que representan estas relacio-

nes jurídicas, tal y como las venimos analizando.

Siguiendo el esquema de razonamiento que nos propone el art. 970, Cód. Civ. y Com., podemos aventurar que la voluntad de las partes, en la amplia mayoría de los casos, no pasará de la mera expresión volitiva volcada a través de los mecanismos digitales propios de esta operatoria. Rara vez hallaremos un soporte extra *blockchain* donde encontrar términos y condiciones de contratación, a menos que se vea involucrado un *exchange* que, justamente, sí suelen tener contratos de adhesión a un *click*.

En cuanto a las normas generales sobre contratos y obligaciones, creemos en este trabajo y en el anterior haber intentado echar luz sobre la visión desde el derecho argentino para estas transacciones. Aunque, resulta obvio, se aprecia cierta dosis de tautología, porque si las respuestas que buscábamos las queremos responder con el art. 970, Cód. Civ. y Com., no serán justamente esas normas las que responderán los interrogantes.

Los usos y prácticas del lugar de celebración constituyen una interesante remisión a fuentes normativas no formales que pueden hacer mucho para interpretar y solucionar cuestiones vinculadas con esta contratación. Ahora bien, es preciso clarificar que el “lugar de celebración” no es el domicilio del contratante, no es el domicilio de la sede del *exchange* que intermedia, sino que es la misma “*block chain*” y su entorno.

Es decir, dado que estos instrumentos son digitales y que, como vimos, no están en ningún lado, porque carecen de corporeidad, el lugar de celebración es la *blockchain*. De modo que serán los usos y costumbres generados por la práctica transaccional en ese entorno digital los que, en su medida, permitirán brindar algunas certezas.

Un ejemplo de esto puede ser el ya muy conocido brocárdico *cripto*: “*Si las claves no son tuyas, tampoco lo son las monedas*”, que quiere significar que si has cedido la clave secreta de tu billetera donde se encuentran tus tenencias en *cripto* a un tercero, es este quien tiene las facultades de disposición y administración sobre ellas. Esta regla puede servir como pauta interpretativa, pero no está escrita en ninguna norma jurídica —al menos de derecho argentino—.

El problema finca para el operador jurídico en acreditar esos usos ante un tribunal. Entendemos que son hechos que deben ser probados. De modo que la parte que pretenda invocar un uso de la *blockchain* a su favor deberá acreditarlo ante el tribunal y no bastará su mera invocación. Seamos claros, en este rubro no aplica el *jura curia novit*.

Esa prueba, eso sí, deberá ser flexible y adecuada. Podrán ser testimonios de operadores profesionales, como los agentes bursátiles, operadores de un *exchange* o bien, sencillamente, personas que puedan acreditar un dilatado *expertise* en el intercambio de *criptomonedas* (44). También podrá ser la pericia de algún experto que, acreditado en el área, pueda responder preguntas sobre usos y costumbres con la autoridad de un saber reconocido por la autoridad judicial correspondiente.

Finalmente. Las disposiciones de los contratos nominados afines pueden ser de gran utilidad. En efecto, en aquellas transaccio-

nes donde se entrega *criptomoneda* para adquirir un bien podrán aplicarse las normas de la compraventa o de la *permuta*. En aquellas otras donde se entregue *criptomoneda* sin contraprestación podrán aplicarse las normas de la donación y así puede seguirse el mismo método con otros contratos.

Será importante, en cualquier caso, establecer la afinidad del contrato a través de un *test*, es decir, hallar un parecido o semejanza que no solo sea superficial sino que sea sustantivo. Para esto último, será crucial efectuar una “traducción” de términos técnicos propios de la jerga nacida en el ecosistema *cripto* y analizarlos en su significación jurídica más cabal. Un ejemplo de ello es la voz “confirmación”, que en un contexto jurídico normal puede significar la aceptación de una oferta o bien, de forma más técnica, la ratificación de un acto jurídico viciado. Empero, en el ecosistema *cripto* “confirmación” significa que una operación en *blockchain* ha sido procesada con éxito.

Lo propio corresponderá hacer con el *test* de compatibilidad. Este *test* impone establecer si la figura afín que hemos hallado resulta compatible. Esa compatibilidad estará dada por la posibilidad de hallar los mismos elementos jurídicos —o unos muy parecidos— para poder extrapolar soluciones.

Por ejemplo. Podríamos pensar que la cesión de *criptomoneda* a un *exchange* para que lo administre se asemeja a un endoso en procuración. La cuestión del mandato subyacente en ambas figuras puede llevarnos a esa conclusión, así como el hecho de que el endosatario/*exchange* tiene vedado disponer del derecho económico recibido. No obstante, en el caso del *exchange*, y por aplicación del ya mentado principio de que *quien tiene las claves, tiene las monedas* (45), las facultades de aquel serán mucho más amplias. De tal suerte, la compatibilidad entre ambas figuras no pasa de una apariencia, pues, en sustancia, son diferentes.

Como se ve, la temática propuesta está en cierne, no hay nada escrito sobre piedra. Más bien, los juristas que nos animamos al mundo *cripto* parece que caminamos sobre la arena. La reflexión es que solo queda seguir caminando en la búsqueda de respuestas.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2503/2022

Más información

González Rossi, Alejandro - Mastromarino, Pablo, “Aportes a algunas iniciativas legislativas de pago de salarios con *criptomonedas*”, LA LEY 11/05/2022, 1, TR LALEY AR/DOC/1523/2022

Villanustre, Cecilia A. - Rodríguez Villanustre, Eugenia C., “El objeto de los derechos reales y las *criptomonedas*”, LA LEY 21/03/2022, 4, TR LALEY AR/DOC/1021/2022

Libro recomendado

Criptomonedas Bitcoin. Las Estrategias de Inversión y Medidas de Seguridad
Autores: Rodríguez, Raquel Elena - Pasinovich, Aldo Jorge
Edición: 2022
Editorial: La Ley, Buenos Aires

situación ante los incipientes desafíos” (primera parte), ED-290-918.

(36) En su versión previa a la modificación introducida por la ley 23.928 de convertibilidad.

(37) En contra: COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, RI-

VERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 92.

(38) *Ibidem*.

(39) *Ibidem*, p. 247.

(40) De las MORENAS, Gabriel, “*Criptomonedas como desafío al derecho patrimonial*”, ob. cit.

(41) TSCHIEDER, Vanina Guadalupe, ob. cit., p. 120.

(42) Textual del art. 1614, Cód. Civ. y Com., *in capit.*

(43) VIÑA, Gonzalo Ariel, “Los *criptoactivos* a la luz del derecho argentino: estado de situación ante los incipientes desafíos” (segunda parte), ED-290-931.

(44) Que algunos llaman “tradeo” siguiendo la irrefre-

nable sajonización de términos que impera en todo el entorno vinculado al comercio digital.

(45) A contrario *sensu* también se dice *Not your keys, not your coins*, es decir sin tus claves, no son tus monedas.

Nota a fallo

Sociedad familiar

Convenio de dividendos anticipados. Imposibilidad de garantizar una ganancia fija a los socios. Orden público. Protección de terceros y de la sociedad. Nulidad.

1. - Del “convenio de dividendos” surge que asegura un “piso” mínimo de ganancias a la esposa —fallecida— del actor, en contravención a lo normado por el art. 224 1er. párr. de la LS, que dispone que la distribución de dividendos o el pago de interés a los accionistas son lícitos solo si resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado. Por otra parte, ese convenio tiene la virtualidad de liberar a la mencionada socia de la contribución en las pérdidas, lo cual puede ser especialmente importante en años o ciclos productivos “críticos”, a los cuales las explotaciones agropecuarias están muy expuestas, vulnerándose de ese modo la prohibición establecida en el art. 13 inc. 1 de la LS, que hace a la esencia del orden público societario. También es claro que, en atención a la periodicidad con la que fue acordado ese pago de dividendos, estos resultan “anticipados” en los términos contemplados —y prohibidos— por el art. 224 2do. párr. de la LS.

2. - No se puede considerar válido al convenio o contrato con base en el cual se acciona y, por añadidura, no puede producir sus efectos propios. Y ello es así, primordialmente, en atención al interés y protección de terceros, en particular terceros acreedores que podrían verse sorprendidos y perjudicados por este convenio de dividendos que tiene la potencialidad de incidir de manera muy significativa en la vida social.

3. - La socia que no participaba activamente de la explotación de la empresa, es decir, la cónyuge fallecida del actor, quiso asegurarse un ingreso periódico por su participación en la sociedad, por lo que resulta verosímil lo afirmado por el accionado al contestar demanda respecto a que él accedió a suscribir el convenio, porque así le fue requerido.

4. - La Ley de Sociedades argentina no consagra derecho alguno a favor del socio para exigirle a la sociedad una distribución periódica de las utilidades del ejercicio; y la doctrina mayoritaria tampoco lo ha entendido de otra manera. Ello es así, porque la propia Ley de Sociedades impone una serie de condiciones para que dichos resultados puedan ser distribuidos, como así también sugiere ciertos destinos de las utilidades, distintos a su

distribución a través del pago de dividendos, mientras que dispone otros con carácter imperativo.

5. - Aun si por hipótesis se pensara que el acto consiste en una declaración unilateral de la voluntad, ello no alteraría en lo más mínimo la solución del caso. Esto es así, porque el mismo art. 1800 del Cód. Civ. y Com. dispone que a la declaración unilateral de voluntad se le aplican subsidiariamente las normas relativas a los contratos, por lo que por esa vía tampoco podrían vulnerarse normas de orden público.

6. - El enfrentamiento entre la utilización de las utilidades del ejercicio para autofinanciar la sociedad y la distribución de estas utilidades a través del pago de dividendos da lugar a un conflicto recurrente, sobre todo en las sociedades cerradas, donde no todos los socios participan —de manera directa o indirecta— en las ganancias de la sociedad, situación que se agrava por la ausencia de un mercado para dichas acciones, lo que produce que los accionistas que no participan activamente y quedan fuera de cualquier tipo de participación en beneficios sociales se encuentren “atrapados” en la sociedad sin poder vender su participación societaria ni obtener una renta por ella.

7. - El art. 234 de la Ley de Sociedades dispone que la asamblea de accionistas es el órgano competente para aprobar la distribución de dividendos, de modo que el derecho a la percepción de dividendos nace con la decisión de la asamblea que así los declare. De ello se sigue que la resolución que aprueba los dividendos tiene carácter constitutivo, porque es apenas con dicha resolución, y solo a partir de ella, que nace el derecho de los accionistas a exigir el cobro de los dividendos. Antes de tal decisión asamblearia las utilidades del ejercicio son propiedad de la sociedad y, por tanto, forman parte de su patrimonio.

CCiv. y Com., Azul, sala I, 17/05/2022. - Alonso, Santiago Javier Mauricio c. Perco, Eduardo Oscar s/ Daños y perjuicios extracontractual (Exc. Autom./ Estado).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/61813/2022]

Costas

Se imponen al apelante vencido.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Proview]

El orden público societario en materia de dividendos, vigente a 50 años de la ley 19.550. ¿Y en la ley 27.349?



Leopoldo O. Burghini

Abogado (UNC). Socio de Abraham Burghini abogados. Autor de artículos de doctrina de la especialidad.

SUMARIO: I. Los hechos.— II. El fallo de primera instancia.— III. El fallo de la Cámara.— IV. Los dividendos anticipados en la LGS y el orden público societario.— V. Las SAS y los dividendos anticipados.— VI. Conclusiones.

Recientemente, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (Sala I) dictó una sentencia con interesantes lecturas vinculadas a institutos de derecho societario. La sentencia recaída en los autos “Alonso, Santiago Javier Mauricio c. Perco, Eduardo Oscar s/ Daños y perjuicios extracontractual”, que hemos sido invitados a reseñar, contiene una adecuada aplicación de calificada normativa societaria —orden público—, que fue establecida en la Ley de Sociedades Comerciales hace 50 años para proteger los derechos de los terceros. Por otra parte, constituye una interesante invitación a pensar si las normas aplicadas al caso comentado son aplicables en el marco de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE).

I. Los hechos

El Sr. Santiago Javier Mauricio Alonso —en tanto heredero de la Sra. María Raquel Perco de Alonso— demandó al Sr. Eduardo Oscar Perco sobre la base de un documento nominado como “Convenio de Dividendos”. Relató que en vida de quien fuera su cónyuge, María Raquel Perco de Alonso, ella y el demandado —hermano de esta— firmaron tres convenios. Por uno de ellos, el demandado adquirió la participación que su hermana tenía sobre la hacienda, maquinarias, rodados y automotores de “Don Edgardo SA”, declarando la vendedora que sus de-

rechos patrimoniales quedaban limitados exclusivamente sobre “el inmueble rural” de propiedad de la sociedad Don Edgardo SA. Por un segundo acuerdo, denominado “convenio de dividendos”, el demandado, Eduardo Oscar Perco, se obligó por sí y en su carácter de Presidente de Don Edgardo SA a abonar a María Raquel Perco un dividendo anual equivalente en pesos a 50 kg de novillito pesado entre 391 y 430 kg por hectárea correspondiente al “inmueble rural” de la sociedad, pagaderos en cuotas trimestrales del 1 al 10 de cada mes de enero, abril, julio y octubre de cada año, definiendo el método de cálculo (cotización del Mercado de hacienda de Liniers), estipulándose que, en caso de ser el balance societario insuficiente para cubrir dicho dividendo, igualmente sería percibido por la accionista María Raquel Perco de Alonso, con cargo a la cuenta particular del demandado Eduardo Oscar Perco. Por un tercer convenio, la cónyuge y los hijos del demandado Perco dejaron constancia de que no poseían participación social de ningún tipo.

La demanda se promovió sobre la base del “Convenio de Dividendos”, por cuanto después de siete años de cumplimiento por parte del Sr. Eduardo Oscar Perco, una vez que la Sra. María Raquel Perco de Alonso falleció, el primero dejó de cumplirlo, afectando así a su heredero, el Sr. Alonso. Destaquemos que la demanda se instauró en contra del socio que garantizó la percepción de las sumas y no en contra de la sociedad.

II. El fallo de primera instancia

El fallo de primera instancia rechazó la acción, porque entendió que el acuerdo base de la acción era un contrato ineficaz a la luz de los arts. 68 y 224, LGS. De otro costado, el fallo sostuvo que, aun cuando se pretendiera que existía una obligación unilateral asumida por Eduardo Oscar Perco por sí y no por la sociedad, la normativa civil hace prevalecer las normas indisponibles y de orden público por sobre la voluntad de las partes y esas normas indisponibles son las de los artículos de la ley de sociedades.

III. El fallo de la Cámara

El fallo centra su análisis en determinar, en primer lugar, la naturaleza jurídica del documento nominado por las partes como “Convenio de Dividendos”, para pasar, en segundo lugar, a evaluar su validez o nulidad.

En orden a determinar la naturaleza jurídica del instrumento, el fallo detalla que el documento base de la acción ha sido nominado como “Convenio de Dividendos” y contiene en resumidas cuentas los siguientes términos:

“Eduardo Oscar Pe[r]co, LE ..., por derecho propio y en mi carácter de Presidentes de Don Edgardo SA (...), declaro”:

“1) Que en el carácter invocado en el encabezado, garantizo en forma irrevocable a

la accionista María Raquel Perco de Alonso (DNI ...), como resultado de mi administración de la sociedad, un dividendo anual equivalente en pesos a 50 kg. de novillito pesado entre 391 y 430 kg. por hectárea correspondiente al inmueble rural ubicado en el Partido de Benito Juárez (...), con una superficie total de 1119 has, conocido con el nombre de “San Eloy”.

“2) Que la accionista María Raquel Perco de Alonso percibirá dichos dividendos por trimestre adelantado, en cuatro cuotas equivalentes cada una a 12,5 kg. por hectárea de novillito de la categoría especificada en el párrafo precedente, entre los días 1 al 10 de los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año”.

“3) Que para determinar el importe de la cuota a pagar se procederá a multiplicar (...)”.

“4) Que, en caso de que el resultado del balance de la sociedad no sea suficiente para cubrir dicho dividendo, el mismo igualmente será percibido por la accionista María Raquel Perco de Alonso, con cargo a mi cuenta particular, siendo este un compromiso personal e irrevocable”.

“En la ciudad de Tandil, Provincia de Buenos Aires, a los 15 días del mes de noviembre de 2006, se firman dos ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto”.

El tribunal establece lógicamente las siguientes premisas de iure:

- La regla de la participación en los beneficios del art. 1º de la LS es una declaración abstracta que consagra al accionista como destinatario final de los beneficios sociales, pero no permite inferir el reconocimiento de un derecho concreto, a favor del accionista, para exigir la distribución de dividendos sobre el eventual beneficio neto obtenido por la sociedad al cierre de cada ejercicio económico.

- La asamblea es el órgano competente para decidir la distribución de dividendos y la resolución que los aprueba tiene carácter constitutivo: solo a partir de ella nace el derecho de los accionistas a exigir el cobro de los dividendos.

- La ley consagra el *principio de libertad de aplicación de resultados*, para que la asamblea resuelva sobre el destino de las ganancias sociales del ejercicio. Esta libertad puede ejercerla discrecionalmente, más no arbitrariamente.

- El *principio de libertad de aplicación de los resultados* reconoce ciertas limitaciones y condicionamientos. Por una parte, el *principio de defensa de la integridad del capital social*, que opera en beneficio de los acreedores sociales y, por la otra, el respeto a la expectativa de los socios a participar en los beneficios de la sociedad.

- En defensa de la integridad del capital social, la LGS impone —entre otros recaudos— que las sumas a distribuir resulten de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance aprobado y ajustado a derecho y que exista una decisión previa del órgano competente, en las SA, de la asamblea general ordinaria.

- Además, pueden existir límites contractuales en relación con la distribución de dividendos y estos pueden ser “societarios”, esto es, aquellos que pasan a formar parte del plexo normativo aplicable a la sociedad (cláusulas estatutarias, acuerdos de asamblea), o extrasocietarios, esto es, aquellos que no forman parte del plexo normativo aplicable a la sociedad (pactos entre socios o entre socios y terceros denominados como sindicación de acciones, contrato parasocial, etc.).

- Los pactos entre los socios son hábiles para influir en la aplicación de los resultados sociales, pero quedan sometidos a ciertas restricciones, como la de respetar la estructura orgánica de la sociedad, las normas legales de orden público y el interés social, porque —de otro modo— sus cláusulas son nulas.

Bajo las premisas relacionadas, el tribunal entiende que el convenio base de la acción: i) es un negocio celebrado entre dos socios, más allá de que uno de ellos también lo haga en su condición de presidente de la SA; ii) incide directamente en la vida de la sociedad, aun cuando haya sido firmado por uno de los socios actuando en su doble carácter de socio y de presidente de la sociedad, y en el proceso se lo haya demandado solo a título personal en su carácter de socio, por lo que la validez de ese convenio debe ser analizada bajo el prisma de la Ley de Sociedades; iii) asegura un “piso” mínimo de ganancias a la Sra. María Raquel Perco de Alonso, en contravención a lo normado por el art. 224 primer párrafo de la LS, que dispone que la distribución de di-

videndos o el pago de interés a los accionistas son lícitos solo si resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado y tiene la virtualidad de liberar a la mencionada socia de la contribución en las pérdidas, lo cual puede ser especialmente importante en años o ciclos productivos “críticos”, a los cuales las explotaciones agropecuarias están muy expuestas, vulnerándose de ese modo la prohibición establecida en el art. 13 inc. 1 de la LS que hace a la esencia del orden público societario; iv) establece una periodicidad en el pago que determina que se trate de dividendos “anticipados” en los términos contemplados —y prohibidos— por el art. 224 segundo párrafo de la LS; v) resulta violatorio del orden público societario, por lo que es procedente su declaración de nulidad absoluta en los términos de los arts. 13, 224 y conc. de la LS, 1047 del Cód. Civil derogado y 386, 387 y conc. del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Por último, el tribunal responde a todas “las alegaciones que la apelante trae a colación en su esmerada expresión de agravios, donde invoca principios generales del derecho, como el de la buena fe, el de la prohibición del abuso del derecho y de las situaciones jurídicas abusivas, el de conservación de los contratos, y el respeto de la apariencia y la confianza” En relación con ellas, sostiene el tribunal, se debe sopesar que las normas que determinan su nulidad han sido establecidas en atención al interés y protección de terceros, en particular terceros acreedores que podrían verse sorprendidos y perjudicados por un convenio de dividendos que tiene la potencialidad de incidir de clara, concreta y significativa en la vida social, porque los acreedores no tienen cómo enterarse de que entre los socios se suscribió un “convenio de dividendos” que garantiza a uno de ellos que en forma anticipada percibirá ganancias con independencia del resultado de los negocios, lo cual puede trastocar la lógica de las decisiones sociales y comprometer muy seriamente la solvencia o al menos la liquidez de la sociedad.

IV. Los dividendos anticipados en la LGS y el orden público societario

La lectura del tribunal es acertada y trae nuevamente a escena las normas de orden público societario, esto es, aquellas que han sido establecidas para proteger el interés general de la comunidad.

En particular, las normas aplicadas son los arts. 68 y 224 LGS. La primera de estas normas establece que “Los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto y aprobado por el órgano social competente, salvo en el caso previsto en el artículo 224, segundo párrafo. Las ganancias distribuidas en violación a esta regla son repetibles, con excepción del supuesto previsto en el artículo 225”. La segunda de las normas citadas establece que: “La distribución de dividendos o el pago de interés a los accionistas son lícitos solo si resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado. Dividendos anticipados. Está prohibido distribuir intereses o dividendos anticipados o provisionales o resultantes de balances especiales,

excepto en las sociedades comprendidas en el artículo 299. En todos estos casos los directores, los miembros del consejo de vigilancia y síndicos son responsables ilimitada y solidariamente por tales pagos y distribuciones” De la sola lectura del art. 224 LGS, surge que se trata de una repetición del principio establecido en el art. 68 LGS al que se le agrega una excepción: los dividendos anticipados solo pueden distribuirse en las sociedades comprendidas en el art. 299. Conforme lo dicho por los redactores de la ley 19.550 en la exposición de motivos, esta excepción está establecida en función de que las sociedades comprendidas en los incisos 2 a 7 del art. 299 LGS —el último inciso, agregado en el año 2015— cuentan con control estatal administrativo permanente y, las del inciso 1º, al de la Comisión Nacional de Valores. De acuerdo a las enseñanzas de Zaldívar, este control estatal administrativo permanente aleja el peligro de una distribución encubierta de capital (1). De lo expuesto, es evidente que los arts. 68 y 224 LGS están establecidos para proteger el capital social en su función de garantía, es decir, para proteger a los terceros y, por ello, constituyen normas de orden público, que no pueden ser dejadas de lado por los particulares. En relación con la regla, esto es, la prohibición de distribuir dividendos anticipados, Nissen (2) recuerda que la jurisprudencia ha declarado nulas cláusulas contractuales o estatutarias que: a) preveían el pago de sueldos a los socios sin que existiera trabajo personal a cargo de ellos; o b) autorizaban a los socios a que, con imputación a sus cuentas particulares, efectúen retiros a cuenta, permitiendo la distribución de beneficios sin la existencia de ganancias líquidas y realizadas.

La importancia de dichas normas es trascendental, porque instituyen una barrera infranqueable que limita la distribución solapada del capital, lo que podría ocurrir si no se tuviera certeza de que el monto distribuido no forma parte de aquel.

En el mismo orden de razonamiento, bien vale citar a Verón (3), quien destaca con mucho énfasis que: a) “...el dividendo no existe sino, sobre las utilidades; fuera de este concepto, toda distribución de fondos a los accionistas es un dividendo ficticio y está condenado por la leyes de todos los países, sea cual fuere el procedimiento usado en los balances para justificarlo o disimularlo”; b) “La aprobación de un dividendo ficticio quiebra un principio fundamental del derecho societario: la inviolabilidad del capital social (se descapitaliza a la sociedad)”; y c) “Cuando la sociedad garantiza el dividendo en todos los ejercicios independientemente de que los resultados arrojen o no utilidades, la cláusula será inválida por incumplir la condición de que solamente pueden pagarse dividendos cuando existen ganancias realizadas y líquidas”.

Por otra parte, es dable señalar que el convenio establecía “Que, en caso de que el resultado del balance de la sociedad no sea suficiente para cubrir dicho dividendo, el mismo igualmente será percibido por la accionista María Raquel Perco de Alonso, con cargo a mi cuenta particular, siendo este un compromiso personal e irrevocable”. Esta obligación también violenta la norma societaria en cuestión. En efecto, aun cuando la suma anticipada sea cargada a la cuenta particular del socio, esto es, generando una deuda del socio para con la

sociedad, la situación no varía, porque se trata de fondos que salen de la sociedad sin causa y esas salidas son susceptibles de perjudicar a terceros, porque quien realiza el retiro puede resultar finalmente insolvente (4).

Por último, nos interesa destacar que el tribunal se planta correctamente ante la disyuntiva de reconocer —en honor a la buena fe y la conservación de los contratos— un pacto que ha sido firmado y cumplido durante largos años o declarar su nulidad —en honor a la protección de los acreedores, que es el interés general de la comunidad—.

En conclusión, el marco de la LGS, el fallo resuelve adecuadamente el conflicto planteado, porque las disposiciones de los arts. 68 y 224 LGS constituyen normas de orden público instituidas en protección de los terceros y no pueden ser dejadas de lado por los socios.

Desde otro costado, el fallo es una invitación a pensar si, en el marco de la LACE, en el instrumento constitutivo de la SAS, los socios pueden establecer libremente la posibilidad de distribuir dividendos anticipadamente. A esta cuestión, dedicaremos los próximos párrafos.

V. Las SAS y los dividendos anticipados

Calificada doctrina ha sostenido que en las SAS “Los socios son libres de disponer que el instrumento constitutivo de la S.A.S. prevea el pago de intereses o dividendos anticipados o provisionales, o provenientes de balances especiales...” (5).

De nuestra parte, entendemos que el art. 68 LGS es una norma de orden público y que la LACE no cuenta con norma alguna que establezca la posibilidad de distribuir dividendos de manera anticipada.

Más aún, entendemos que la LACE ha estructurado bajo el tipo social de la SAS diversas tipologías o, en otros términos, ha estructurado un tipo abierto cuyo contenido dependerá de la voluntad de los socios (6). En solo uno de los subtipos previstos, el correspondiente a la SAS que haga oferta pública de sus acciones o debentures sería factible la distribución anticipada de dividendos (arg. arg. 224, LGS). Esto es así, porque el fundamento para autorizar la distribución de dividendos de manera anticipada se ha fundado en la existencia de control permanente por parte del estado de la sociedad que lo realiza; y en las SAS este control solo tiene lugar en el subtipo referido. Por el contrario, en los demás subtipos de SAS se encuentran controvertidas —incluso— las facultades de los organismos de contralor para exigir la publicidad de los estados contables (7).

De acuerdo con nuestra lectura, para determinar si en la SAS los socios pueden establecer contractualmente la distribución de dividendos anticipados, se debe tener en cuenta:

- En primer lugar, que el art. 68 LGS es una norma de orden público aplicable a todos los tipos sociales (8), incluso aquellos en los que los socios responden de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada (9) (v.gr. sociedad colectiva), que está instituida en protección del capital social. Dicho en otros términos, el art. 68 LGS es una aplicación concreta del principio

(1) MARTORELL, Eduardo Ernesto, “Sociedades Anónimas. Sociedades Anónimas Unipersonales (SAU) Sociedades por Acciones Simplificadas”, Rubinzal Culzoni, 2020, t. I, p. 570.

(2) NISSEN, Ricardo A., “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada”, Ed. La Ley, 2017, t. I, p. 537.

(3) VERÓN, Alberto Víctor, “Ley General de Sociedades 19.550”, La Ley, t. II, p. 491.

(4) GAGLIARDO, Mariano, “Sociedades Anónimas”, Zavalía, 2021, t. 2, p. 240. “...se sostiene que con el dividendo a cuenta no existe una disminución del patrimonio societario, pues aquel siempre es repetible. La posición es

rebatible, pues el accionista puede consumir el anticipo y, además, resultar insolvente”.

(5) BALBÍN, Sebastián, “Sociedad por acciones simplificada”, Cathedra Jurídica, 2019, p. 65.

(6) BURGHINI, Leopoldo O., “Sociedad por acciones simplificada (SAS). Ley 27.349. Comentada. Anotada. Concordada”, Hammurabi. “...en la LACE, la sociedad unipersonal, la cerrada y la abierta se encuentran sujetas al mismo régimen normativo, es decir, el socio puede estructurar bajo las mismas normas al menos tres tipos de sociedades claramente diferenciadas, a saber: a) una sociedad unipersonal; b) una sociedad pluripersonal con caracteres

de sociedad cerrada; c) una sociedad pluripersonal con caracteres de sociedad abierta”

(7) BURGHINI, Leopoldo O. - MARANO, María E., “Sociedades por acciones simplificadas: fiscalización estatal en procura del interés público [cfr. art. 301, inc. 2], LGS] para la prevención del lavado de activos y de la delincuencia económica nacional y transnacional”, DSCE, t. XXXIV, abril, 2022.

(8) ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y Anotada”, Ed. La Ley, 2006, t. II, p. 108. “Se trata de una regla de orden público, elemental en materia societaria.”

(9) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Dividendo Societario”, DSCE, t. XXX. septiembre, 2018. “A diferencia del artículo 224, segundo párrafo, de la LGS, el artículo 68 de la LGS no establece una expresa prohibición de la percepción de anticipados. Esta circunstancia podría llevar a pensar que la repetición de estos solo opera en la sociedad anónima y no en los restantes tipos. Pero ello no es así. Si bien es cierto que la técnica legislativa empleada por el legislador podría haber sido mejor en este punto, pensamos que en los restantes tipos societarios no está permitida la distribución de anticipados”.

de inviolabilidad del capital social (10). Esto es así, porque la distribución de sumas a cuenta de dividendos puede conllevar la descapitalización de la sociedad si al cierre del ejercicio no existen ganancias distribuibles.

- En segundo lugar, que el art. 224 LGS es una mera aplicación del principio general establecido en el art. 68 LGS. Es decir, la prohibición de distribuir dividendos de manera anticipada rige para todos los tipos sociales con la excepción de las sociedades sujetas a la fiscalización permanente de la autoridad de contralor o de la Comisión Nacional de Valores.

- En tercer lugar, que en la LACE el capital social mantiene su función de garantía. En efecto, la norma referida no ha establecido otras *ratios* de solvencia (11) que reemplacen al capital social como cifra de retención y garantía (12), motivo por el cual aquel mantiene dicha función en las SAS. Si bien calificada doctrina ha entendido que el sistema nominal del capital se ha mantenido por su función organizacional, no por su función de garantía (13), respetuosamente disintimos con dicha lectura. Por una parte, porque si bien la LACE fija una cifra mínima que puede llevar a

esbozar la idea de que el capital ha perdido su función de garantía, lo cierto es que en la LGS en materia de SRL no se establece un capital mínimo y a nadie se le ha ocurrido sostener que en ellas el capital no reviste importancia en materia de garantía. Más aún, los fallos más recientes en materia de infracapitalización han sido dictados en contra de sociedades de responsabilidad limitada (14). Por otra parte, la LACE establece en su articulado distintas obligaciones relativas al capital social en función de garantía [v.gr. arts. 42 y 43 (15)]. Asimismo, le resultan aplicables a la SAS las normas que protegen la intangibilidad del capital social en el marco de la LGS [arts. 68 (16), 70 (17), 94 inc. 5º y 96 (18), 202 (19), 204 (20), 206 (21)] en virtud de la remisión dispuesta por el art. 33 LACE.

- En cuarto y último lugar, el principio que prima en el art. 68 LGS es idéntico al establecido en el art. 107 LGS y esta norma es aplicable a la SAS de manera directa, esto es, sin necesidad de conciliar, en virtud de la remisión que efectúa el art. 56 LACE. En efecto, el art. 107 LGS, en protección de los terceros, establece la posibilidad de hacer una partición parcial, pero sí y solo sí todas las obligaciones sociales estuvieren suficientemente garantizadas. A

ello, se agrega que la partición parcial se publicará en la misma forma y con los mismos efectos que el acuerdo de reducción de capital, esto es, otorgando a los acreedores el derecho a oponerse (cfr. art. 204, LGS) y ser desinteresados, debidamente garantizados o en su defecto, obtener embargo judicial (cfr. art. 83 inc. 3, LGS).

- Para cerrar, Favier Dubois y Spagnolo (22) han sostenido que en las SAS los "Retiros anticipados a cuenta de resultados futuros" son —dentro de otros supuestos— un caso dudoso que corresponde tratar en los estatutos, ora para incluirlo ora para excluirlo, pero nos dicen también —en una poética frase— que el *nudo gordiano* debería cortarse sobre la base del interés tutelado por las normas de la LGS: "Toda norma pensada por el legislador para proteger exclusivamente al socio puede ser inmolada en el altar de la libertad contractual y dejar paso a lo que se convenga en contrario. Recíprocamente, toda norma pensada en protección de los terceros acreedores sociales no puede ser contrariada por cláusula estatutaria alguna". Pues bien, el fallo comentado nos aporta una valiosa mirada para resolver el punto, porque el art. 68 LGS está pensado en protección de los terceros acreedores sociales.

En función de todo lo expuesto, entendemos que en las SAS no es posible pactar contractualmente la distribución anticipada de dividendos con la sola excepción de aquella que haga oferta pública de sus acciones o *debentures* (arg. art. 224, LGS).

VI. Conclusiones

Los arts. 68 y 224 LGS constituyen normas de orden público societario y no pueden ser dejadas de lado por los particulares, ni societariamente (en los estatutos sociales o fácticamente) ni extrasocietariamente (en los pactos de socios).

Toda cláusula o acuerdo (societario o extrasocietario) que violente los arts. 68 y 224, LGS, es de nulidad absoluta.

En el marco de la LACE, solo las SAS que hagan oferta pública de sus acciones o *debentures* pueden distribuir dividendos anticipados y siempre conforme las exigencias del art. 224, LGS.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2504/2022

(10) CHINDEMI, Marcela H., "Régimen de utilidades en las sociedades anónimas", p. 134.

(11) DUPRAT, Diego A. J., "Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)", TR LALEY AR/DOC/1008/2017, "Es cierto que la función de garantía del capital social está en crisis y que hay más sofisticados y precisos indicadores para saber si la sociedad puede hacer frente a sus compromisos o nivel de riesgos asumidos; pero lo cierto es que los regímenes jurídicos de raíz continental continúan erigiendo a la noción del capital social, como a sus atributos, en columna vertebral de la sociedad y del sistema societario, porque, en definitiva sigue reportando beneficios derivados de un control sencillo y económico (en costos de transacción) y que opera ex ante. El principio de la intangibilidad del capital social y su regla derivada que impide toda distribución de utilidades que pueda afectarlo permiten un fácil control mediante el simple expediente de confrontar los estados de resultados y la cifra del capital social".

(12) NETRI, Federico G., "El rol del capital social en el derecho societario argentino", TR LALEY AR/DOC/3611/2019.

(13) VILLANUEVA, Julia, "El capital y las prestaciones accesorias en la Sociedad por Acciones Simplificada", TR LALEY AR/DOC/687/2019: "el sistema nominal del capital se ha mantenido por su función organizacional, no por su función de garantía, que aquí aparece flexibilizada en gran medida. Primero, porque, pese a establecer para la SAS un capital mínimo, ese mínimo es tan reducido —importe equivalente a dos veces el salario mínimo vital y móvil (art. 40)—, que termina siendo simbólico e inepto de por sí para servir a esa función, lo cual descarta que ese haya sido el propósito de la regulación. Y segundo, porque eso mismo se infiere del modo en que ha sido concebida la integración de las acciones, que no se rige por las normas previstas en aquella ley para cumplir con esa integración en las llamadas sociedades de capital, sino por las que rigen la misma cuestión en las sociedades por partes de interés". En el mismo sentido, ABDALA, Martín E., "Análisis del proyecto de ley de sociedad por acciones simplificada", TR LALEY AR/DOC/265/2017: "La decisión de establecer un capital mínimo tan bajo es, en definitiva, tomar partida en la discusión doctrinaria referida a la importancia y a las fun-

ciones del capital social y coincidir con quienes afirmamos que, en los tiempos actuales, su cuantía perdió por completo su relevancia". DE LAS MORENAS, Gabriel, "Análisis exegético de la nueva Ley de Sociedad por Acciones Simplificada". Especial referencia al ámbito de la provincia de Mendoza, TR LALEY AR/DOC/2510/2017: "La suma es de una escasez tal que lleva a pensar que mejor hubiera sido que se prescindiera totalmente del capital porque, salvo como herramienta para establecer las porciones de propiedad de los socios y permitir así la emisión de acciones, no se aprecia otra función. Es claro que la noción de capital como cifra de retención patrimonial asociada al concepto de garantía de los acreedores sociales ha quedado abandonada".

(14) CNCom Sala. D, "Interindumentaria SRL (s/quiebra) c/Fábricas, Ernesto Emilio y otros s/ordinario", 04/02/2020.

(15) NETRI, Federico G., "El rol del capital social en el derecho societario argentino", TR LALEY AR/DOC/3611/2019: "El capital social es también relevante en la SAS y cumple una función de garantía porque: a) se exige justificar la valuación de los aportes no dinerarios en el instrumento constitutivo, sin perjuicio de que podrán ser efectuados al valor que los socios unánimemente pacten. Además, se deberá indicar los antecedentes justificativos de la valuación o, en su defecto, los valores de plaza (art. 42, ley 27.349); b) en caso de insolvencia o quiebra de la sociedad, los acreedores pueden impugnarla en el plazo de cinco años de realizado el aporte no dinerario. La impugnación no procederá si la valuación se hizo judicialmente (art. 42, ley 27.349); y c) los estados contables deberán contener nota donde se exprese el mecanismo de valuación de los aportes en especie que integran el capital social (art. 42, ley 27.349). 4. El art. 55 de la ley 27.349, entre otras, prevé que la SAS se disolverá por las causales previstas en la LGS, entre las que se encuentra en el art. 94 inc. 5º) la disolución por pérdida del capital social. 5. En la SAS, la posibilidad de diferir la integración del capital social de la suscripción, cuando los aportes fuesen dinerarios, implica que los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes (art. 43 de la ley 27.349)".

(16) BARRAU, María, "El capital y el patrimonio social.

Formación. Intangibilidad. Infracapitalización", DSCE. t. XXIII, p. 617, junio, 2011. "El capital... cumple una función de garantía indirecta que se traduce en una cifra de retención, una dimensión contable que impide el reparto de dividendos sin que los elementos del activo cubran las deudas y la cifra del capital. Dentro de la LSC existe un conjunto de normas que protegen la intangibilidad del capital social (ver específicamente arts. 39, 53, 68, 71, 187, 205, 206, 220). Art. 68 - Prohíbe la distribución de dividendos a los accionistas, cuando estos no provengan de ganancias realizadas y líquidas y resulten de un balance aprobado por asamblea o reunión de socios." En contra, BALBÍN, Sebastián, "Sociedad por acciones simplificada", Ed. Cathedra Jurídica, 2019, p. 65: "Tampoco resulta de aplicación la regla de sujeción para la aprobación y distribución de dividendos a la existencia de ganancias previas, realizadas y líquidas resultantes de un balance aprobado por el órgano social competente dispuesta por los arts. 68 y 224 L.G.S. Los socios son libres de disponer que el instrumento constitutivo de la S.A.S. prevea el pago de intereses o dividendos anticipados o provisionales, o provenientes de balances especiales, o establezca que a los socios inversores se les restituyan los aportes con un premio designado o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias, o que se permita la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un accionista por otro que se aleje notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva".

(17) MANÓVIL, Rafael M., "La SAS y las normas generales de la Ley General de Sociedades", TR LALEY AR/DOC/718/2019: "En este contexto debe destacarse la aplicabilidad a la SAS del art. 70, LGS. La obligación de formar reservas legales en los porcentuales allí previstos deriva de su condición de sociedad por acciones, pero, sobre todo, de la limitación de responsabilidad de los socios a sus aportes y a la valuación de los bienes aportados en especie. Unido a ello, también aplica a la SAS la obligatoria recomposición de la reserva legal cuando haya disminuido por pérdidas, así como la prohibición de distribuir utilidades sin cubrir pérdidas anteriores (LGS, arts. 70 y 71)".

(18) RICHARD, Efraín Hugo, "La limitada responsabilidad limitada de los socios de la Sociedad por acciones

simplificada (y una referencia al caso Von Saden)", *Revista de las Sociedades y los Concursos*, Fidas, año 19, 2018-1. p. 46.: "Como anticipo de esa situación patrimonial que genera la causal de disolución prevista en el art. 94.5 LGS —pérdida total del capital social o patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo—, aparece otra dentro de las legislaciones societarias, cual es la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social. —art. 93.4 LGS— y que es convergente con la idea de la conservación de la empresa, debiendo esta última ser viable —art.100 LGS—. Esto importa también una protección de todos los intereses involucrados".

(19) NETRI, Federico G., "El rol del capital social en el derecho societario argentino", TR LALEY AR/DOC/3611/2019: "El art. 44 de la ley 27.349 establece que la emisión de acciones podrá efectuarse a valor nominal o con prima de emisión, lo que no puede validarse es que sea bajo la par".

(20) RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS", Astrea, 2019. p. 198: "Ninguna disposición sobre la reducción de capital surge de la LACE, por lo que se debe buscar una norma supletoria aplicable en la LGS. El único tipo societario que cuenta con normas al respecto es la SA, régimen conciliable según el art. 33 de la LACE, por lo que la reducción voluntaria se adoptará por las mayorías necesarias para reformar el instrumento constitutivo. En dichos casos, y cuando los socios consideren que el capital que posee la SAS excede sus necesidades o cuando la cifra de retención se torne en un impedimento para una distribución racional de utilidades, los socios podrán resolver voluntariamente su reducción. Los acreedores de la SAS tendrán el derecho de oponerse a la reducción, de la misma forma y con el mismo alcance que para el caso de fusión (arts. 206 y 83, inc. 3, LGS)".

(21) *Ibidem*, p. 19: "será obligatoria su reducción cuando las pérdidas hayan insumido las reservas y el 50 % del capital (art. 206, LGS)".

(22) FAVIER DUBOIS, Eduardo M - SPAGNOLO, Lucía, "Nace una estrella. La "sociedad por acciones simplificada" con libertad estatutaria", DSCE. t. XXX, mayo/2018.

Edictos

El Juzgado Nº Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 5, a cargo del Dr. Patricio Maraniello, Secretaría Nº 9 a mi cargo, sito en Libertad 731 piso 10º de Capital Federal, hace saber que ANA ROSA FLORES, DNI Nº 94.079.262 de nacionalidad boliviana y de ocu-

pación peluquera, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiese obstar a dicha concesión deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces.

Buenos Aires, 20 de abril de 2021
N. Javier Salituri, sec.
LA LEY: I. 23/08/22 V. 24/08/22

El Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 12 a cargo del Dr. Hernán Diego Papa, Juez, secretaria Nº 120 a cargo del Dr. Trodler, Gerardo, sito en M.T. Al-

vear 1840, PB, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ha resuelto en fecha 24/08/21, en el marco de los autos caratulados "OLIVELLA, TOMÁS c/ TUMALTY, MARCELO MIGUEL OSCAR s/ EJECUTIVO", Expte. Nº 12036/2020, citar por medio de edictos que se publicarán por dos días en el diario

LA LEY al Sr. TUMALTY MARCELO MIGUEL OSCAR DNI. 16.455.878, a fin de que dentro del quinto día contado a partir de la última publicación comparezca a estar a derecho en los presentes obrados, por sí o por intermedio de apoderado, bajo apercibimiento de designarse al Sr. Defensor Oficial,

para que lo represente en el proceso. Se deja constancia que el actor posee beneficio de litigar sin gastos concedido provisoriamente en expediente Nº 12039/2020.

Buenos Aires, 8 de abril de 2022
Gerardo Darío Trodler, sec.
LA LEY: I. 23/08/22 V. 24/08/22

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Florencia Candia

Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.


Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.

 Thomsonreutersley

 linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/

 TRLaLey

 thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

 Centro de atención al cliente:

0810-266-4444