

**Título:** El Código Civil y Comercial de la Nación y las figuras protectoras del crédito de los acreedores en época de fintech

**Autor:** Piesciorovsky, Andrés

**Publicado en:** RCCyC 2020 (marzo), 04/03/2020, 25

**Cita:** TR LALEY AR/DOC/337/2020

**Sumario:** I. Preliminar.— II. El dinero análogo y el dinero virtual.— III. Protección de los créditos. Sus figuras. La acción directa y la acción subrogatoria en conexión con las nuevas plataformas de pago y puntos.— IV. La justicia de los baby boomers vs. la necesaria justicia de las generaciones Y, Z y Alpha, en el marco de la protección del crédito del acreedor.— V. Conclusiones y proyecciones.

(\*)

## **I. Preliminar**

Aún con la estela sentimental del viejo Código Civil de Vélez, como gran agradecido a Freitas y Segovia, y dándole la bienvenida a esta nueva obra legislativa, amalgamadora de nuestros clásicos códigos, trataremos en una minúscula porción los ingredientes que este novel Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, nos deja como nave para una vertiginosa e inesperada realidad tecnológica en materia de protección de los derechos del crédito del acreedor.

La realidad actual, tanto de los elementos jurídicos con los que contamos, moderados con la intermediación del ciudadano y la corriente innovadora, nos presentan nuevos mecanismos de pago, cobro, inversión y transferencias, cada día más virtuales y menos análogos, tales como los casos del mobile banking y mobile money.

Por ello, en esta investigación, decidimos revisar qué nos aporta el Código Civil y Comercial de la Nación junto a las figuras de Protección de Créditos y su relación con los elementos comerciales-tecnológicos y jurisdiccionales, en el marco de la comunicación y necesidades de las fintech y sus clientes en calidad de justiciables.

Entendiendo que fintech es el nombre que se les da a las nuevas compañías que misturan los aspectos de la "tecnología y el mercado financiero", acompañando una nueva ola que llegó para cambiar la manera en que las personas pagan, reciben sumas de dinero, envían dinero, solicitan préstamos, prestan dinero, e invierten (1).

## **II. El dinero análogo y el dinero virtual**

Con el arribo de la tecnología el dinero ya no se guarda simplemente en la billetera, en el banco, o debajo del colchón.

Hoy, ante el arribo de nuevos mecanismos de ahorro, comercialización, transferencias y creación de innumerables monedas virtuales, nos encontramos ante un sistema logístico mundial, ultra veloz y sin ningún tipo de producto fungible como el dinero que transportar.

Tal es así, que el billete papel de cien pesos que perciba por un honorario solo servirá para gastos domésticos, mientras tanto la potencialidad transnacional de ese mismo valor en una mera tarjeta de crédito se diseminará por diversos rincones del planeta.

Ahora bien, imagínense el escenario de un acreedor desesperado por intentar recuperar su crédito de un deudor con dinero netamente electrónico, sin necesidad de posarnos sobre aquellos deudores que hubieran

decidido mantener todas sus percepciones comerciales en plataformas tecnológicas financieras del exterior con divisas convertibles.

Ya que hoy, desde nuestra casa podemos crear en 40 minutos los 365 días del año una sociedad en el exterior con el TAX ID Number [\(2\)](#), y abrir una cuenta bancaria en Payoneer [\(3\)](#) (Servicio de Pagos Digitales que provee de tarjeta de crédito) relacionada por ejemplo a Stripe [\(4\)](#) (Sistema de Pago Online) sin mayores problemas. Cuentas que muchos desarrolladores tecnológicos o empleados de marketing digital utilizan.

### **III. Protección de los créditos. Sus figuras. La acción directa y la acción subrogatoria en conexión con las nuevas plataformas de pago y puntos**

Si bien no es intención entrar en la determinación de cada una de las figuras de protección de los créditos del acreedor, es importante si rememorarlas para comprender los cambios de paradigmas a los que nos debemos enfrentar.

Por ello, en el marco del escenario protectorio del crédito del acreedor, debemos destacar las siguientes herramientas protectoras como lo son la acción directa y la acción subrogatoria del Código Civil y Comercial de la Nación.

#### **III.1. La acción directa en el Cód. Civ. y Com. y su análisis en el marco de los nuevos justiciables**

Dicha acción tiene su tratamiento en el Libro Tercero, Derechos Personales, Título I Obligaciones en General, Capítulo 2, de Acciones y garantía común de los acreedores. En su art. 736, rezando: "Art. 736.— Acción directa. Acción directa es la que compete al acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito. El acreedor la ejerce por derecho propio y en su exclusivo beneficio. Tiene carácter excepcional, es de interpretación restrictiva, y solo procede en los casos expresamente previstos por la ley".

Véase que resulta esta una acción con un enorme poder, en la cual el acreedor contiene la facultad para que, en su propio nombre, pueda dirigirse contra los deudores de su deudor, siendo su objetivo el de hacerse del pago de lo que a él se le debe.

Es aquella típica situación del ejercicio de la acción del deudor hacia el deudor de este deudor, como por ejemplo la que se da entre un acreedor de un deudor en un proceso de daños y perjuicios por un accidente de tránsito, en donde este acreedor exige el pago del crédito a quien contractualmente se obligó a cubrir la contingencia, como lo es la actitud de cobertura que realiza una compañía de seguros.

Por ello se indica que sus características son: ser excepcional, un medio de ejecución, y la interpretación de los supuestos, restrictiva [\(5\)](#).

Del mismo modo el art. 738 del Cód. Civ. y Com., trata los requisitos para que esta acción directa sea admisible, diciendo:

"Art. 737.— Requisitos de ejercicio. El ejercicio de la acción directa por el acreedor requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- "a. un crédito exigible del acreedor contra su propio deudor;
- "b. una deuda correlativa exigible del tercero demandado a favor del deudor;
- "c. homogeneidad de ambos créditos entre sí;

"d. ninguno de los dos créditos debe haber sido objeto de embargo anterior a la promoción de la acción directa;

"e. citación del deudor a juicio".

En la redacción de estos requisitos nos vemos ante una poco dinámica opción de uso, no solo por lo estricta de su aplicación, sino también por lo referido en el inc. c del art. 737, el que dice: "c. homogeneidad de ambos créditos entre sí".

Donde algunos autores, como Llambías, entienden que deben ser fungibles, y otros "líquidos", pero lo cierto es que con la realidad del manejo del dinero virtual esos dos requisitos quedan cortos, pequeños y con poca maniobra para su exitosa aplicación en el mundo fintech.

Y luego el art. 738 del Cód. Civ. y Com., refiere a los efectos que produce, deteniéndonos exclusivamente en el efecto citado en el inc. d, que dice: "d. el monto percibido por el actor ingresa directamente a su patrimonio".

Viendo aquí un detalle esencial, diverso a otro tipo de mecánicas de cobranza y recupero, como lo es en materia procesal, ya que cada vez que un monto proveniente de un embargo es sujeto y retenido en la cuenta de autos, y no así depositado directamente en la cuenta de la actora.

Es por ello que, deteniéndonos en el supuesto de un embargo ordenado, estos efectos que produce la acción directa conforme lo refiere el art. 738 deben ser depositados de manera directa en una cuenta de la actora.

En tanto, en el supuesto que nos ocupa y relacionado a las fintech, suponiendo el caso de una acción directa respecto de fondos habidos en una plataforma de pago electrónico o Proveedores de Servicios de Pago (PSP), el deudor que sea titular de una cuenta de Mercado Pago sujeta a inversión directa, —esto es, aquellas cuentas que el dinero que ingresa forma de manera directa de una inversión— ¿podría en este caso el acreedor, tener acción directa contra el deudor de su deudor, esto es Mercado Pago?

Seguramente debemos estudiar los plazos de rendimiento de dicha inversión o esperar a que se produzca la renovación de la inversión. Pero cuidado, hay veces que esta situación del corte en la generación de la inversión no se da, sino hasta que suceda el propio consumo del deudor.

Y este, es solo uno de los casos en donde derivado hacia la práctica quizás hubiésemos esperado algo más respecto a la posibilidad descriptiva legislativamente en el Código Civil y Comercial en razón de un encuadre mucho más beneficioso para el uso e implementación de la acción directa en el mundo de hoy.

### III.2. La acción subrogatoria del Cód. Civ. y Com. en época de fintech

Nuestro Código Civil y Comercial en su art. 739 dice al respecto de la acción subrogatoria: "Art. 739.— Acción subrogatoria. El acreedor de un crédito cierto, exigible o no, puede ejercer judicialmente los derechos patrimoniales de su deudor, si este es remiso en hacerlo y esa omisión afecta el cobro de su acreencia. El acreedor no goza de preferencia alguna sobre los bienes obtenidos por ese medio".

"La acción subrogatoria, también denominada 'indirecta' u 'oblicua', consistente en derecho de la ley les otorga a los acreedores quirografarios para que hagan valer derechos y obligaciones que le corresponden a su deudor, ante la incuria, la desidia o inercia del obligado" (6).

"Por esta vía se le permite al acreedor que acción en nombre de su deudor, a fin de obtener de terceros la entrega de bienes, o aceptando una herencia, o también proponiendo la defensa de prescripción liberatoria, etcétera" (7).

Esta acción, que contiene la posibilidad de ejercer todos los derechos de su deudor respecto de las acreencias que este no persigue, es clara y aplicable en el marco de un mundo físico.

Pero precisa de los siguientes requisitos:

La ley solo menciona dos características pero elude otro requisito para su ejercicio. Indica que debe tratarse de un acreedor de un crédito "cierto", sea no exigible, pero da como presupuestos tácitos que el deudor sea remiso o desidioso o se halle inactivo, y que el acreedor demuestra un interés legítimo (8).

Pero no así, en un mundo cada vez más virtual, donde los beneficios se acumulan pero no se usan, por ejemplo, el caso de los puntos por consumos o membresías, que crecen pero no se ponen en uso, o el caso de las inversiones automáticas por indisponibilidad de dinero virtual.

Es por ello, que la prueba del demandado inactivo en el mundo digital debe ser otra que la misma inactividad considerada en el mundo análogo, ya que una simple automatización de una tarea cobro, uso o percepción, si bien no demuestra actividad desde la mismísima voluntad de cada acto individual, si lo fue al momento de programar esa automatización o hasta incluso automatizar dicha tarea por el solo hecho de aceptar términos y condiciones en el uso.

#### **IV. La justicia de los baby boomers vs. la necesaria justicia de las generaciones Y, Z y Alpha, en el marco de la protección del crédito del acreedor**

La nueva corriente del Código Civil y Comercial se encuentra sumergida en la espuma proteccionista de los derechos del consumidor.

Trayendo consigo la puesta en duda de la composición, naturaleza e indiscutida activación de otrora, con la que los títulos ejecutivos cargaban.

Hoy el activismo procesal tecnológico judicial y consultivo (9), se pone a la orden de los análisis del acreedor, no solo buscando la causa-fuente del título sino también navegando en las receptorías generales de expedientes y sus sistemas informáticos de registro, a fin de dar con más de un proceso judicial de ese actor/acreedor quien persigue su crédito, y de esta manera, reuniendo todo el bagaje identificador del acreedor, para luego decidir si ese proceso ejecutivo se transformará en ordinario o en ejecutivo.

Bien entonces, en este contexto debemos revisar no solo lo referido en cuanto a la ordinización judicial sino también al avasallamiento de las "figuras protectoras del crédito del acreedor".

A todo esto, debemos sumarle la brisa tecnológica y la mayor diseminación de capital que existe tanto en el mundo análogo como digital.

Las típicas mecánicas de recupero exigen requisitos ya ensayados y adoptados por la práctica y la doctrina en infinidad de veces. Esto es, mediante embargo de sueldos, embargo de bienes, secuestro de bienes, inhibiciones —aquellas que se inscriben en tímidos registros provinciales— y hasta prohibiciones de salidas al exterior, pero poco hay de nuevas mecánicas electrónicas tanto propuestas desde el ejercicio profesional, como de cualquier creación jurisdiccional en el marco de medidas para mejor proveer.

Veamos que cada uno de los ejemplos citados acompañan sin discusión alguna, mecánicas de garantías que resguardarían una vida de ciudadanos justiciables de las décadas del '70 y '80, como medidas exclusivas de deudores baby boomers, donde poco y nada incluso se usaban las tarjetas de crédito.

Hoy, en cambio, hay cuentas virtuales, billeteras electrónicas, monedas digitales, tarjetas de puntos por consumos o membresías (solo imaginarse la cantidad de puntos que una tarjeta de puntos de un cosechador o arrendador de máquinas agrícolas podría tener).

También existen deudores trabajadores o comerciantes de la Generación Y, Z y Alpha con implementaciones en sus páginas web tales como simples botones de pago, pasando por checkout payments (10) o checkthrough payments (11) para pago de para productos o servicios en sus propias páginas web, algunos cobrando con divisas nacionales y otros con divisas extranjeras. Por ejemplo; plataformas de pago y cobro de Mercado Pago, PayU, Stripe, Payoneer o PayPal.

Todas y cada una, cuentas susceptibles de ser embargadas, o atacadas por medio de una solicitud de secuestro de documentos informáticos (12), pero sin las herramientas necesarias implementadas, ni la creatividad suficiente, seguirán creciendo sin poder atacarse.

Así las cosas, entendemos que uno de los principios en los que se deben basar las medidas relacionadas tendientes a resguardar el crédito del acreedor digital es el principio de actuación en tiempo real que desarrolla el Dr. Camps.

Principio de actuación en tiempo real. Ello es una derivación del principio de eficacia. En tren de aprovechar al máximo las posibilidades tecnológicas puestas al servicio de un mejor proceso, más rápido y justo, es posible —en materia de notificaciones electrónicas— que las partes conozcan lo que resuelve el tribunal en el momento en que se adopta la decisión. Si lo que se debe notificar es un despacho, resolución o sentencia alcanzará con tal texto enviado junto con la notificación electrónica. Por supuesto —y como ya lo sostuvimos—, esta posibilidad de actuación en tiempo real solo es compatible con la notificación de oficio de todas las novedades del proceso. Todos aspectos, como podrá verse, que tienden a la reducción de plazos en la búsqueda del objetivo final: conducir —y concluir— el pleito dentro de plazos razonables (13).

## **V. Conclusiones y proyecciones**

Lo cierto y real es que aún no solo no se vislumbró siquiera el primer caso de embargo a una cuenta de una plataforma de pago o sistema de puntos por uso o membresías.

Sino que menos aún, ni se propuso una creación legislativa en el Código Civil y Comercial de la Nación necesaria para proyectar una balanceada aplicación de la corriente protectora de los derechos del consumidor, una moderación de los requisitos de admisibilidad y efectos de las acciones protectoras junto con una descripción de mayor alcance en lo que refiere a la determinación del art. 743 y ss., en cuanto a los elementos que componen en la actualidad, la garantía común de los acreedores.

Por otro lado, vemos la comunicación "A" 6885 del 30/01/2020 del BCRA, obligando a los "Proveedores de Servicios de Pago" (PSP) a mantener visible y disponibles los montos de sus clientes, y esto, que parece una mecánica agresiva contra las compañías proveedoras de servicios de pago, también parece una medida protectora a aprovechar ya que bien puede pasar que ingresado un embargo a la compañía, esta se podría excusar respecto a su inmediato cumplimiento, por no encontrarse aún vencido el plazo de inversión dineraria que el cliente hiciera y por ende, no disponible para ser susceptible de medida cautelar alguna.

Paralelamente la realidad jurisdiccional, cuando investigamos jurisprudencia relacionada con Proveedores de Pago Digital como Mercado Pago, solo nos encontramos con los siguientes fallos: "Bartiromo, Sebastián Ricardo c. Visa Argentina SA - hoy Prisma - Medios de Pago SA - y otro s/ ordinario" (14), del 23/04/2019; "Gracco, Sebastián y otro" (15), del 06/12/2011; y "Suárez, Analía Soledad y otro s/ contienda" (16), del día 15/02/2017.

Todos ellos, fallos relacionados, más con la responsabilidad solidaria y entrega de productos, que con la protección electrónica del crédito del acreedor.

Del mismo modo, al consultar fallos que llamen a la voz o uso de la palabra *fintech*, solo encontramos dicha palabra en referencia a alguna plataforma que como nombre de su persona jurídica la haya adoptado, y haya sido parte en un litigio.

Y como es el caso en la realidad jurisdiccional citada anteriormente y las apariciones de la terminología *fintech*, incluso con la necesidad de formar concepto con relación al ciudadano digital, sus alcances, naturaleza y límites en la aplicación con relación a lo público y lo privado, diferenciándose el sesgo del ciudadano digital como ente de relaciones privadas y el ciudadano digital en el marco de su actividad pública, como por ejemplo en una protesta o causa social, conforme lo sucedido el 28/06/2011, cuando una decisión de restricción de acceso a internet fuera propuesta por el presidente de Egipto (17). Estos son los límites en la construcción que sana y legislativamente se debe construir.

Mientras que algunos en el ambiente, de manera ocurrente, sostienen que en cualquier proceso en el que existan en juego percepciones dinerarias entre las partes, debería abrirse de oficio y de manera inmediata una cuenta bancaria a nombre de autos a los efectos de evitar mayores dilaciones, dicha ocurrencia, incluso implementada ya resultaría tardía, puesto que además de abrirse dicha cuenta para cuestiones relacionadas a capital duro, debería también abrirse una cuenta virtual relacionada a esos actuados para dinero virtual o beneficios de puntos.

Es por ello, y de acuerdo con los extremos vistos en este trabajo, tales como la restrictiva consideración de los requisitos para que las diversas acciones sean admisibles, la corriente proteccionista nacional de los derechos del consumidor, el activismo procesal en favor de la ordinarización de los procesos ejecutivos, y como contracara la diseminación del capital en diversas plataformas digitales, con naturalezas jurídicas aún no exploradas; vemos la necesaria formación de una legislación cada vez más acorde con los justiciables del hoy, ciudadanos digitales, ensayando bajo constantes revisiones el crecimiento en los usos, costumbres y adopciones tecnológicas que los habitantes de la República Argentina realizan, como un modo de presencia activa de la justicia en tiempo real.

(\*) Abogado (Universidad Católica de La Plata). Especialización en Mediación cursada en el ámbito del Colegio de Abogados de La Plata. Actualmente es alumno del Master en Derecho Empresario (MDE) de la Universidad Austral y se encuentra cursando el LLM Exchange Program en Duke University School of Law, en Durham, North Carolina. Realiza tareas como letrado dentro del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. Integrante del cuerpo de docentes de la Universidad Católica de La Plata en la cátedra de "Derecho Comercial I" (Derecho Comercial Parte General y Sociedades Comerciales), en comisión a cargo del Dr. Carlos Fernando Valdez, titularidad desempeñada por el Dr. Héctor Benito Mendoza Peña. Ocupa en la actualidad el cargo de Jefe de Trabajos Prácticos en dicha materia.

(1) BARBERIS, Janos - CHISTI, Susanne, "The FINTECH Book: The Financial Technology Handbook for Investors", Ed. TJ International Ltd, Cornwall, UK, p. 10, ISBN 978-1-119-21887-6 (pbk) ISBN 1-119-21893-7 (ebk), disponible en <https://books.google.com.ar/books?id=b2fpCgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=fintech&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwiFzs7yjbBnAhVbHLkGHdCYCVIQ6AEIKDAA#v=onepage&q=fintech&f=false>, se visitó el 03/02/2020.

(2) Código de Identificación Fiscal.

(3) Ver <https://www.payoneer.com/es/>, visto el 03/02/2020.

(4) Ver <https://stripe.com/es>, visto el 03/02/2020.

(5) PIZARRO, Ramón Daniel, VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "Instituciones de Derecho Privado.", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 101. HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano, "La acción directa", Ed. Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 2005, p. 31.

(6) SIRVENT GARCÍA, Jorge, "La acción subrogatoria", Editorial Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 1997, ps. 29 y ss. SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Miguel, "Acción oblicua", Ed. Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 63, nro. 165. SALVAT, Raymundo M.- ACUÑA ANZORENA, Arturo, "Tratado de Derecho Civil Argentino: Fuentes de las obligaciones", Ed. Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenos Aires, 1954, t. I, p. 61, nro. 59.

(7) LAFAILLE, Héctor, "Tratado de las Obligaciones", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 61, nro. 59. DE GASPERI, Luis — MORELLO, Augusto M., "Tratado de Derecho Civil", Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 554, nro. 391. SARAVIA, "La acción subrogatoria", ob. cit., en RCdj, 1934 - III-457. PALMERO, "Tutela jurídica del crédito", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 102, nro. 22.

(8) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 582, nro. 435. PLANIOL - RIPERT - RADOUANT, "Trat.", ob. cit., t. VII, p. 223, nro. 910. REZ-ZÓNICO, Luis María, "Estudio de las Obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 279. SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Miguel, "La acción oblicua", Ed. Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 95, nro. 235. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Manual de Obligaciones", Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 275, nro. 206.

(9) FORNETTI, Omar - GATICA, Gonzalo, elDial DC28CE, 18/10/2019, <https://iadpi.com.ar/index.php/2019/10/18/activismo-electronico/>.

(10) El típico caso de una compra electrónica de un producto, en donde hasta que no se abona no se consigue el envío del producto.

(11) El caso de servicios, en donde por ejemplo no se descubre un campo de un formulario si este no se ha abonado previamente.

(12) HITTERS, Juan Manuel. - CALVO MARCILESE, Estanislao José, "Prueba anticipada de secuestro de documentos informáticos", DJ del 30/11/2011, p. 25; cita online: AR/DOC/2810/2011.

(13) CAMPS, Carlos E., "Tratado de derecho procesal electrónico", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, 2ª ed. actualizada y ampliada, t. I, p. 32, principio de actuación en tiempo real, ISBN 978-950-20-2941-2.

(14) "Bartirromo, Sebastián Ricardo c. Visa Argentina SA - hoy Prisma - Medios de Pago SA - y otro s/ ordinario", 23/04/2019, Cámara Comercial: B.; Código Civil y Comercial: 1073. JMG3.

(15) CNCrim. y Correc., sala V, 06/12/2011, "Gracco, Sebastián y otro", c. 326. Garrigós de Rébori, Pociello Argerich. (Sec.: Herrera). 326-5-.

(16) CNCrim. y Correc., sala VII, 15/02/2017, "Suárez, Analía Soledad y otro s/ contienda", Interlocutorio c. 66.937/15. 1 Scotto, Divito, Rimondi. (Sec.: Franco). 66937-15-7.

(17) SCUDERE, Leonardo, "Risco Digital na Web", Ed. Elsevier, p. 68, ISBN 978-85-352-7293-2 .