

Los efectos derivados de la fallida inversión de los fondos depositados en garantía en moneda extranjera (escrow account)

Posible invocación del derecho de sustitución previsto en el art. 765 del Código Civil y Comercial de la Nación

Por Guillermo Street

I. Preliminar [\[arriba\]](#)

Mediante la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, el “CCC”) se han implementado novedosas instituciones y soluciones que habían sido previamente desarrolladas y aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país.

En materia de derechos de garantía, se han regulado en forma expresa herramientas de gran utilidad tales como las garantías a primera demanda, la hipoteca abierta, entre otros.

Resulta de suma importancia y conveniencia que la labor legislativa siga el ritmo de la actividad financiera en lo atinente a la regulación de los nuevos mecanismos y productos financieros que va desarrollando el sector privado.

Atento a los tiempos que corren en nuestro país, huelga recordar que a efectos de recuperar la confianza de los inversores resulta indispensable brindar la mayor seguridad jurídica posible para apuntalar el crecimiento y el desarrollo.

En tal sentido, cabe destacar que la seguridad jurídica viene dada no sólo por la previsibilidad legislativa, sino también por la labor de los operadores jurídicos al momento de interpretar y aplicar el marco legislativo vigente.

Sin perjuicio de las instituciones y soluciones variopintas que han sido incorporados en el nuevo CCC en materia de derechos de garantía, entiendo que se ha desaprovechado la oportunidad para regular un instituto de amplio uso en el sector bancario como son los depósitos bancarios en garantía a favor de terceras personas ajenas al banco (escrow account).

Vale reconocer que en el CCC se incorporó entre los contratos bancarios el depósito bancario y que la normativa del Banco Central de la República Argentina (en adelante, el “BCRA”) cuenta con regulaciones vigentes y aplicables al caso en cuestión.

Sin embargo, dichas normativas no regulan el negocio en toda su magnitud, en especial, en lo relativo a los efectos de las distintas relaciones jurídicas que componen el mismo.

El presente trabajo tiene por objetivo, en primer lugar, brindar una noción general sobre el funcionamiento de este mecanismo de garantía y sobre las relaciones jurídicas involucradas.

En un segundo orden, es de mi interés hacer hincapié en una modalidad de esta garantía vinculada a los depósitos constituidos a tales efectos en moneda extranjera y el problema de su encuadre jurídico.

Por último, el propósito del presente trabajo consiste en analizar puntualmente los efectos derivados de la fallida inversión que hace el acreedor prendario de los fondos depositados a plazo fijo en moneda extranjera, cuando se encuentra facultado para la reinversión de los mismos.

II. Depósitos bancarios en garantía (escrow account) [\[arriba\]](#)

Cuando nos referimos a los depósitos bancarios en garantía hacemos alusión a aquellos que se constituyen en entidades bancarias a fin de garantizar el cumplimiento de obligaciones en las que terceras personas ajenas a dichas entidades revisten el carácter de acreedores.- Es decir que quedarían excluidos aquellos depósitos que los clientes constituyen a fin de garantizar sus obligaciones para con sus respectivos bancos.

FERNADEZ MADERO[1] explica sucintamente algunas modalidades que pueden adoptar estos depósitos: a) Depósito bancario a la vista en garantía, a nombre del deudor, con prenda sobre dicho depósito a nombre del acreedor; b) Depósito bancario a plazo fijo en garantía, a nombre del deudor, con prenda sobre dicho depósito a nombre del acreedor; c) Depósito bancario transferido en garantía a un fideicomiso; d) Depósito bancario cedido en garantía al acreedor.-

Cabe señalar que, tal como explica el autor citado, no se trata de una enumeración taxativa sino que las alternativas de constitución pueden ser sumamente diversas, lo que quedará sujeto a la voluntad de las partes intervinientes.

La gran ventaja que presenta esta garantía radica en el hecho de ser autoliquidable por lo que, sin perjuicio de las diversas modalidades convenidas por las partes, el acreedor contará con un mecanismo rápido y eficiente para cobrar su acreencia.

Acaecido el supuesto de incumplimiento, generalmente, el acreedor procede al retiro de los fondos depositados, percibe su acreencia y, en caso de existir un saldo, restituye el mismo al deudor.-

III. Depósito bancario a plazo fijo en garantía, constituido en moneda extranjera a nombre del deudor, con prenda a nombre del acreedor. El problema de su encuadre en el CCC en materia de ejecución [\[arriba\]](#)

El supuesto reseñado sería aquel en el que el deudor efectúa un depósito bancario a plazo fijo en garantía, en moneda extranjera y a nombre suyo, y constituye derecho real de prenda sobre el mismo a favor del acreedor.- En el caso concreto, el deudor transferirá el certificado de plazo fijo al acreedor, configurando ello una prenda con desplazamiento.

Esta situación se podría dar, por ejemplo, en el ámbito de una compraventa accionaria a efectos de garantizar el pago de eventuales pasivos ocultos que pudieran surgir con posterioridad al cierre de la venta.

Desde el punto de vista estructural, esta operatoria estaría integrada por dos negocios jurídicos.

Por una parte, habría un contrato de depósito bancario entre el deudor y la institución financiera respectiva regido por los arts. 1390-1392 del CCC y por la normativa reglamentaria del BCRA, en especial, la Comunicación A 1199 (OPASI 2) y la Comunicación A 3918.

Por otra parte, habría un contrato de prenda con desplazamiento celebrado entre el deudor y el acreedor.

Según FERNADEZ MADERO[2], criterio que comparto, se trataría de una prenda regular constituida sobre un crédito instrumentado y, por ende, regida por los arts. 2232, ss. y ccds., del CCC.

Para la hipótesis de incumplimiento de la obligación principal, las partes suelen convenir que el acreedor quedará facultado para percibir los fondos depositados, cobrar su acreencia y, de existir algún saldo, restituir el mismo al deudor.

Ahora bien, en el supuesto de que las partes no hayan previsto este mecanismo, corresponderá observar el procedimiento de ejecución previsto en el CCC.

A tal efecto, en materia de ejecución de prendas sobre créditos en moneda extranjera, podría plantearse alguna duda en cuanto al mecanismo aplicable puesto que el art. 2234 del CCC distingue entre créditos dinerarios y créditos no dinerarios o en especie (cosas).

En tal sentido, el CCC incluye a las obligaciones de dar moneda extranjera entre las obligaciones de dar cosas fungibles o de género por lo que cabría concluir que la prenda sobre un certificado de depósito a plazo fijo constituido en moneda extranjera debería recibir el tratamiento correspondiente a los créditos no dinerarios en los términos del art. 2234 del CCC.

Esta norma dispone que si el crédito fuese no dinerario, se deberá proceder a la venta de la cosa conforme al procedimiento contemplado en el art. 2229.

Asimismo, este último artículo establece que, salvo pacto en contrario, la venta se efectuará en pública subasta salvo que se trate de títulos o bienes negociables en bolsas o mercados públicos, en cuyo caso, la venta podrá hacerse en dichos mercados al precio de cotización vigente.

En consecuencia, tratándose de moneda extranjera, se debería proceder a la venta de la misma en el mercado de cambios al tipo de cotización vigente.

En un contexto de estabilidad y libertad cambiaria, esta solución podría pasar por alto.- Sin embargo, en un panorama como el actual donde existe restricción y multiplicidad de tipos de cambios, la solución del art. 2229 del CCC podría generar desavenencias respecto al mecanismo aplicable.

Atento a dicha circunstancia, encuentro indispensable que las partes convengan expresamente el mecanismo aplicable en caso de ejecución de la prenda a fin de sortear los efectos previstos en la letra del CCC.

IV. Efectos derivados de la fallida inversión que hace el acreedor prendario de los fondos depositados en moneda extranjera [\[arriba\]](#)

FERNADEZ MADERO explica que “normalmente el deudor autoriza al acreedor a decidir la reinversión total o parcial de los fondos que resulten del certificado de depósito a plazo fijo, por el capital más los intereses, tantas veces como fuera necesario mientras se encuentren pendientes de cumplimiento las obligaciones garantizadas”[3].

Asimismo, el autor citado añade que “las partes usualmente pactan que, para el caso que producido el vencimiento del certificado de depósito a plazo fijo, el acreedor decidiera no reinvertir las sumas producto del mismo, la prenda comercial quedará automáticamente constituida sobre el dinero en efectivo que correspondiese al total del respectivo certificado no reinvertido”[4].

Vale reseñar que, generalmente, las partes que apelan al uso de los depósitos bancarios en garantía suelen tener un perfil de inversores y/o empresarios sofisticados o, al menos, con cierta experiencia en el comercio y en la banca.

Sin embargo, en muchas ocasiones, la celeridad de los negocios y el escaso tiempo que tiene el asesor legal para elaborar un esquema contractual adecuado conducen a que se omitan ciertas contingencias.- Esta particularidad cobra especial relevancia en aquellas materias en las que el marco normativo aplicable no cuenta con una vasta regulación expresa y autónoma como es el caso del instituto bajo análisis.

Siguiendo esa línea de ideas, surge el interrogante de determinar qué solución sería aplicable a los efectos derivados de las fallidas inversiones que haga el acreedor prendario con los fondos depositados en moneda extranjera.

Puntualmente, y en atención al contexto actual del mercado de cambios, precisar si el acreedor prendario podría invocar la facultad del art. 765 del CCC y liberarse mediante la entrega del equivalente en moneda de curso legal.

V. Hipótesis de conflicto. Encuadre jurídico bajo el CCC [\[arriba\]](#)

En miras de desentrañar la incógnita planteada, resulta conveniente primeramente encuadrar la hipótesis de conflicto a la luz del CCC.

Imaginemos un caso en el que el acreedor prendario, contando con expresa autorización para la reinversión de los fondos otorgada por el deudor, decide no renovar un plazo fijo constituido por la suma de cien mil dólares estadounidenses (USD 100.000.-) y opta por aplicar dichas sumas a la compra de títulos públicos emitidos por el gobierno nacional en moneda extranjera.

Supongamos que el deudor prendario cumple en tiempo y forma con la prestación objeto de la obligación principal y, al momento de solicitar la restitución de los fondos depositados oportunamente en garantía, los bonos citados experimentan una baja del veinte por ciento (20%).

Como consecuencia de los hechos expuestos, el acreedor pretende liquidar los bonos en el mercado y entregar al deudor prendario la suma de ochenta mil dólares estadounidenses (USD 80.0000.-).

Ante tal escenario, surgen dos cuestiones: a) El acreedor prendario debe reintegrar al deudor la diferencia de veinte mil dólares estadounidenses (USD 20.000.-)?; b) En caso de ser procedente la responsabilidad del acreedor prendario, debe restituir dichas sumas en moneda extranjera o está facultado para entregar el equivalente en moneda legal de acuerdo al art. 765 del CCC?

VI. Responsabilidad del acreedor prendario [\[arriba\]](#)

En lo atinente a este primer punto, en primer lugar, resultará determinante lo convenido oportunamente por las partes al constituir la prenda sobre los fondos depositados.- Apelando a la praxis, en la generalidad de los casos, el acreedor será responsable por dichas pérdidas.-

En defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, estimo que se llega a la misma solución a partir de la interpretación de los arts. 2232, in fine, y 2226 del CCC.

El primero de ellos establece que las prendas de créditos se rigen supletoriamente por las normas que regulan las prendas de cosas.

Aplicando el método analítico, podríamos distinguir tres momentos del negocio.

Inicialmente, al constituirse el depósito a plazo fijo en garantía y en moneda extranjera, existiría una prenda sobre crédito instrumentado no dinerario.

Luego de la no renovación del plazo fijo y del retiro de los fondos, por imperio de la subrogación real prevista en el art. 2194 del CCC, habría una prenda irregular sobre los fondos en moneda extranjera.

Posteriormente, al efectuar la compra de bonos, la prenda se trasladaría sobre los mismos de acuerdo al mismo 2194 del CCC.

Sea que se trate de una prenda sobre créditos o una prenda sobre cosas fungibles, resultará aplicable la solución prevista en el art. 2226 del CCC que dispone:

“Uso y abuso. El acreedor no puede usar la cosa prendada sin consentimiento del deudor, a menos que el uso de la cosa sea necesario para su conservación; en ningún caso puede abusar en la utilización de la cosa ni perjudicarla de otro modo.

El incumplimiento de lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo, da derecho al deudor a:

- a) dar por extinguida la garantía y que la cosa le sea restituida;
- b) pedir que la cosa se ponga en depósito a costa del acreedor;
- c) reclamar daños y perjuicios”.

Si se tiene en cuenta la letra del art. 2226 y la intención inicial de las partes, esto es, que la garantía recaiga sobre depósitos a plazo fijo en moneda extranjera, cabría concluir que el acreedor prendario estará obligado a resarcir los daños y perjuicios derivados de sus inversiones fallidas.-

VII. Posibilidad de invocar el derecho de sustitución del art. 765 del CCC [\[arriba\]](#)

Puesto que los fondos entregados oportunamente en garantía consistían en moneda extranjera, y siendo procedente la responsabilidad del acreedor prendario, aflora la gran incógnita de determinar si este último podrá invocar la prerrogativa prevista en el art. 765 del CCC para liberarse de su obligación.-

El artículo citado establece:

“La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.

Esta facultad es la que BOMCHIL denomina derecho de sustitución[5].

Si bien la doctrina y la jurisprudencia son contestes al declarar el carácter disponible de esta norma, lo cierto es que será de aplicación en aquellos casos en los que las partes no hayan pactado expresamente la renuncia a invocarla.-

VII.a. Argumentos favorables a la aplicación del art. 765 del CCC.

En primer lugar, la misma letra del artículo mencionado es clara al habilitar al deudor (en el caso bajo análisis, el acreedor prendario) a liberarse mediante la entrega del equivalente en moneda legal.

En refuerzo de este criterio, se puede traer a colación la propia sistematización normativa del CCC.- En aquellos casos en los que el legislador priorizó la restitución en especie y la prohibición de invocar el derecho de sustitución, así lo reguló expresamente.- Basta citar como ejemplos los arts. 1367 (depósito irregular), 1390 (depósito bancario), 1408 (préstamo bancario), 1525 y 1527 (mutuo).

Por último, en materia de efectos derivados de la pérdida o deterioro del asiento de la prenda, el art. 2226 prevé como consecuencia legal el resarcimiento de los respectivos daños y perjuicios en forma genérica.

VII.b. Argumentos contrarios a la procedencia del art. 765 del CCC.

Desde este punto de vista, resulta crucial el criterio adoptado por la Sala D, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, en autos “Tinaro, Humberto y otro c. Muñiz y Cía., Pedro”[6].

En este precedente, en el ámbito de la transferencia de un fondo de comercio, el vendedor había efectuado un depósito en garantía a favor del comprador para

cubrir eventuales pasivos ocultos, con la salvedad de que el mismo se había realizado en australes, no en moneda extranjera.

Hecha la salvedad, el Tribunal hizo especial hincapié en la figura del depósito y sus efectos.

En primer lugar, remarcó la diferencia existente entre el depósito típico y el "depósito en garantía" o constitución de prenda comercial sobre dinero, pues el primero se constituye en interés del depositante, mientras que el segundo se constituye en interés del depositario garantizado.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal tomó en cuenta que ambas figuras exhiben similitud en un acto material, esto es, tanto en el depósito como en la prenda comercial existe una entrega de la cosa a una de las partes del contrato.- El depositario en un caso, y el acreedor en el otro.

La Sala D entendió que en materia de prenda irregular, resultan extensibles al acreedor prendario las obligaciones del depositario irregular, por lo que deberá devolver una cosa igual a la que oportunamente le fue entregada, esto es, de la misma especie y calidad.

Si encuadramos esta doctrina bajo la normativa del CCC, habría que aplicar el art. 2226 ya comentado junto con la solución del art. 1367 que rige los efectos del depósito irregular.

En consecuencia, de acuerdo a esa solución, quedaría excluido el derecho de sustitución previsto en el art. 765 del CCC y el acreedor no podría liberarse entregando el equivalente en moneda de curso legal, sino solamente mediante la restitución de lo debido en moneda extranjera.

VIII. Conclusiones [\[arriba\]](#)

Los depósitos bancarios en garantía (escrow account) constituyen, en la actualidad, una garantía financiera de gran utilidad y practicidad en atención a la celeridad que caracteriza tanto a su constitución como a su ejecución.-

Como toda nueva institución incorporada a nuestro sistema legal, será necesario dotarla con una regulación autónoma que sea aplicable en subsidio de la voluntad de las partes.

Ello, en razón de las dificultades interpretativas que podrían surgir toda vez que su encuadre bajo el CCC dependerá de las diversas modalidades que se hayan acordado oportunamente, tal como señalé en materia de ejecución prendaria.

En lo que respecta a los efectos derivados de la fallida inversión que haga el acreedor prendario de los fondos depositados a plazo fijo en moneda extranjera, cuando se encuentra facultado para la reinversión de los mismos, resulta difícil hilvanar una solución general aplicable dado que habrá que poner foco en las circunstancias particulares de cada caso.

Puntualmente, en cuanto a la facultad del acreedor prendario de invocar el derecho de sustitución del art. 765 del CCC para resarcir los daños causados,

parecería ser imposible cuando se trate de una prenda irregular sobre cosas fungibles, conforme a la doctrina del precedente “Tinaro”.

Por el contrario, si existiese una prenda regular sobre cosa cierta (bonos, títulos, acciones, entre otros), existen argumentos suficientes para sostener el derecho de sustitución del acreedor prendario que le permitiría liberarse mediante la entrega de una cantidad equivalente en moneda de curso legal.

A mi criterio, y en pos de aportar seguridad jurídica al negocio en cuestión, considero que las partes y sus asesores deberán ser sumamente precavidos al momento de redactar las cláusulas contractuales y prever si lo esencial será asegurar la restitución en especie de lo dado en garantía, o bien, si se priorizará otorgar libertad de acción al acreedor prendario en la reinversión de los fondos asumiendo el deudor prendario los riesgos derivados de esa operatoria.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Cfr. FERNANDEZ MADERO, Nicolás, “Depósitos bancarios en garantía (escrow accounts)”, LL 2004-A-1395.-

[2] Cfr. *Ibíd.*-

[3] Cfr. *Ibíd.*-

[4] Cfr. *Ibíd.*-

[5] Cfr. BOMBCHIL, Máximo J., “Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial son supletorias y no imperativas”, LL 2015-D-1211.-

[6] LL 1990-B-306.-