

CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO
DE ESCROW EN EL DERECHO ESPAÑOL:
EL DEPÓSITO DOCUMENTARIO*
CHARACTERIZATION OF THE CONTRACT OF ESCROW
IN THE SPANISH LAW: THE DOCUMENTARY DEPOSIT

Lius Hernando CEBRIÁ*

RESUMEN: El presente trabajo aborda la caracterización jurídica que debe ser dada al contrato de escrow, toda vez que los Tribunales españoles se ven paulatinamente compelidos a tratar, en su función de aplicación del Derecho al caso concreto, este negocio jurídico proveniente de la práctica anglosajona, aquí denominado “depósito documental”. Ello obedece a la atipicidad del contrato desde la perspectiva del Civil Law o del Derecho continental europeo y, desde el estudio de su naturaleza jurídica, a la necesidad de diferenciarlo de otros modelos contractuales que puedan dar lugar a confusiones conceptuales en torno al régimen jurídico aplicable.

PALABRAS CLAVE: *escrow*; depósito documental; naturaleza jurídica; atipicidad de la figura jurídica; Derecho español.

ABSTRACT: This paper analyses the legal characterization that shall be given to the escrow contract, since the Spanish Courts are gradually compelled to deal, in their function of applying the law to the specific case, this contract imported from the Anglo-Saxon practice, here defined as “documentary deposit”. This is due to its atypical comprehension from the perspective of Civil Law or European continental law, and, through the study of its proper legal nature, from the need to differentiate the escrow from other contractual models that may lead to conceptual confusion around the applicable rules.

KEYWORDS: *escrow*; documentary deposit; legal nature; atypicality of the legal figure; Spanish law.

* Trabajo integrado en el proyecto de investigación nacional de excelencia “La renovación tipológica en el Derecho de sociedades contemporáneo” (DER2013-44438P).

* Profesor del Departamento de Derecho Mercantil “Manuel Broseta Pont” de la Universidad de Valencia (España). Contacto: <Luis.Hernando@uv.es>. Fecha de recepción: 24 de julio de 2017. Fecha de aprobación: 30 de agosto de 2017.

I. INTRODUCCIÓN. APROXIMACIÓN A LA FIGURA¹

El denominado contrato de “escrow” constituye una figura cotidianamente utilizada en el ámbito internacional, especialmente en transacciones complejas y de cierta relevancia económica, desde el cual se traslada a nuestro fuero interno.² No obstante su consolidada raigambre en el Derecho angloamericano,³ su amplia funcionalidad, que da lugar a muy variadas modalidades y aplicaciones, no ha permitido, siquiera hoy, la institucionalización de la figura, al menos en la medida alcanzada por otras relaciones, como la de la agencia, el trust o la hipoteca, que sí han sido objeto de amplios desarrollos normativos tanto en el *Common Law*

¹ Quiero agradecer al profesor Doctor Jorge Fernández Ruiz su amable invitación a participar y contribuir a la excelencia académica de la Revista de la Facultad de Derecho de México, y me sirvo de las palabras del maestro Girón, cuando hace más de cincuenta años, en unas conferencias celebradas en la Ciudad de México, que quedaron recogidas en *Las grandes empresas. Problemas jurídicos actuales de tipología empresarial. La gran S.A. Los grupos de sociedades*, Valladolid, 1965, p. 7, dijo: “...con mucho gusto repito el agradecimiento por haberseme dado la ocasión de vivir con respeto y afecto la colaboración con compañeros a los que estamos unidos por un vínculo que la historia misma ha labrado entre nosotros”.

² Señera en tal sentido, aun cuando ha habido otros pronunciamientos entre la jurisprudencia menor, es la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014 (núm. 613/2014), de la que ha sido Ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno. Con anterioridad, pese a las escasas referencias doctrinales al respecto en España, puede consultarse, en el marco de la transmisión de empresas, nuestra obra, *El contrato de compraventa de empresa (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*, número 393 colección Tirant monografías, editorial Tirant lo Blanch en colaboración con el departamento de Derecho mercantil de la Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pp. 1-717.

³ Puede ser consultada, ya en el siglo diecinueve, la Enciclopedia americana e inglesa de Derecho, por BRISTOW, A.S. H., “Escrow”, *The American and English Encyclopaedia of Law*, eds. David S. Garland *et al.*, vol. XI, 1899, pp. 333-363.

como en otras jurisdicciones.⁴ Por ello, en esta sede, la atipicidad de la figura lleva a que, a partir de la Escuela Histórica del que es mejor exponente Savigny, la «jurisprudencia de conceptos» adquiera una singular significación en este ámbito. El espíritu de los pueblos (*Volkgeist*), pese a las visiones nacionalistas decimonónicas del Derecho, en los tiempos actuales de la globalización exige una necesaria adecuación de los ordenamientos jurídicos, aun cuando provengan de una muy distinta tradición, a la realidad del mercado.⁵

Sobre la base de lo anterior, se ha de poner el acento en el origen de todo el constructo contractual. Si el contrato de *escrow*, a partir de la antiguo concepto francés del “escroe”, reconoce una cierta función de intermediación del, en ocasiones denominado “escrow holder”, en otras “escrowee”, entre las partes de otro contrato que le sirve de soporte, la literatura inglesa, no obstante, lo ha derivado de la palabra “scroll”, como una evolución del “escrit”

⁴ Dentro de la relevante incidencia de los *cases* en la conformación del Derecho angloamericano, a mediados del siglo pasado, GARRISON, Roger K., “Agency and escrow”, *Washington Law Review*, núm. 26, 1951, pp. 46-54, p. 46, en comparación con la relación de agencia, ya advirtió que mientras los Tribunales americanos aceptaban, sin ambages, los elementos que daban lugar a una “escrow transaction”, no sucedía lo mismo con el estatuto legal al que debía someterse el “escrow holder”. Más recientemente, con carácter general, no solo con referencia en las relaciones de agencia, sino también en atención a la creación de organizaciones sociales y empresariales que no son objeto de inscripción pública (*incorporation*), HENN, Harry G., *Agency, Partnership and other Unincorporated Business Enterprises*, Minnesota, American casebook series West Publishing Co., St. Paul, 1985. Sobre esta particular sistematización de las sociedades en el Derecho norteamericano puede verse nuestro trabajo, “Aproximación a la tipología societaria en el derecho de Estados Unidos de América”, en *La tipología de las sociedades mercantiles: entre tradición y reforma*, Monografías de Derecho Privado, Centro de Estudios de Derecho Comparado, ed. Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2017, pp. 241-282.

⁵ Es obligada la referencia a SAVIGNY, Friedrich Carl, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad. Adolfo Posada, Granada, Comares, 2008, que puede encontrar una cierta correlación, en el *Common Law* en POUND, Roscoe, “The Theory of Judicial Decision”, *Harvard Law Review*, núm. 36, 1923, pp. 802-825.

medieval.⁶ Como pergamino o documento resulta identificado, en suma, con la existencia de un título, en correspondencia con el término “deed” anglosajón, que es entregado a un tercero de confianza y cuyo destino resulta condicionado al cumplimiento de una determinada condición o evento. Se trata, en consecuencia, de un acuerdo contractual entre las partes de otro contrato en el que participan, en el que interviene un “escrow holder” previamente aceptado por ambas para dar cumplimiento a la correcta ejecución de sus respectivas obligaciones, creando con ello una relación triangular. A través de este mecanismo convencional las partes anticipan eventuales conflictos y evitan la necesidad del posterior recurso a la tutela judicial, especialmente en relaciones complejas tanto por el objeto como por las prestaciones debidas.

Con todo, pese a las diversas funciones y ámbitos de aplicación de este “modo de actuar”, todavía se ha de mantener la idea básica de la entrega del título de propiedad a un tercero ajeno a la relación bilateral, sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones o contingencias (o cumplimiento de obligaciones) previamente establecidas en el contrato del que resulta.⁷ Solo entonces el es-

6 Por todos, BYRNE, Thomas M., “Escrow and Bankruptcy”, *The Business lawyer*, vol. 48, 1992-1993, pp. 761-777, p. 761, toma del *Webster’s Third New International Dictionary* de 1986, p. 775, alude al término «scroll or strip of parchment» proveniente del «escroe» francés; por su parte, JOVITT, William, “Escrow”, *Dictionary of English Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1959, se remonta al término «escrit» de la Edad Media y, por extensión, al «scriptum» del latín.

7 Lejos de lo que se podría inicialmente pensar, no se trata de una cuestión del todo ajena al Derecho romano. Así, en sus *Instituciones*, Gayo, (III,146), ya recogía una alternativa entre compraventa (*pretium*) y el arrendamiento (*merces*) que, como negocio mixto, hacía depender el precio de la venta o de la renta de un resultado incierto respecto de la muerte o la supervivencia de los gladiadores que eran entregados para los espectáculos públicos. *In extenso*, GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, Fernando José, *Arrendamiento, aestimatio y compraventa en Gayo, III,146*, Madrid, Abaco, 1984. Reconoce, en estos negocios, D’ORS PÉREZ-PEIX, Álvaro, “Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en Derecho romano”, *Anuario de historia del derecho español*, núm. 45, 1975, pp. 595-604, pág. 599, una obligación de pago alternativa con un

crow holder estará obligado a proceder a una segunda entrega al beneficiario o, en su defecto, a la devolución a aquel que realizó la primera entrega. Esta forma de intermediación entre sujetos, concebida en su origen en el marco de los contratos de compraventa, sin embargo ha evolucionado para abarcar cualquier forma de transmisión que quede suficientemente documentada, o la consignación de dinero u otro valor en el *escrow holder*. Para ello las partes prevén, dentro de un determinado plazo, en el contrato de origen, el cumplimiento de una determinada obligación, la verificación de un determinado evento, o el resultado que autorice, a su vez, la entrega al cumplidor o al beneficiario, o, sensu contrario, la devolución del título o instrumento al constituyente.⁸

II. CONCEPTO, FUNCIÓN ECONÓMICA Y NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ESCROW

A) CONCEPTO

El *escrow* es originariamente definido como un contrato por el cual una persona entrega un título u otro instrumento que reco-

plazo de decisión previsible, vinculada al espectáculo al se destinaban los gladiadores, y una condición objetiva, que daba lugar a una revisión del precio, la muerte o inutilización de los gladiadores. Sobre la doctrina que ha tratado este negocio, y su aproximación al arrendamiento operativo, LÁZARO GUILLAMÓN, María del Carmen, “Las transacciones comerciales a través de leasing en las fuentes jurídicas romanas”, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, núm. 48, 2001, pp. 185-212. Con todo, la falta de intervención de un tercero que reciba la posesión o la propiedad del bien y verifique el cumplimiento del pago debido, toda vez tenga ocasión o no la condición objetiva, no permite identificarlo con el contrato de *escrow*.

⁸ Así, sobre una denuncia por la compradora de una determinada maquinaria de unas contingencias previstas contractualmente, cuando faltaban dos meses para el vencimiento y el abono de la cantidad establecida en el contrato de *escrow* suscrito entre la actora y la vendedora, puede verse el caso planteado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de noviembre de 2016 (núm. 543).

nozca la titularidad de derechos a un tercero con la indicación de que éste debe a su vez entregarlo a la parte en cuyo favor se haya realizado, ante el cumplimiento por este último de alguna condición o la ejecución de una obligación, o ante la concurrencia de un evento, de modo que el depositante se reserva el derecho a recuperar el título si la condición no es cumplida o el evento no tiene lugar⁹. Se destaca así la presencia de un instrumento escrito que representa una obligación legal o actúa como título de legitimación y que es depositado por el concedente o promitente (*grantor, obligor, o promisor*) en un tercero (*stranger o third party*) con las instrucciones pertinentes para que sea entregado al concesionario, beneficiario o promisario (*grantee, obligee, promisee*) en el caso de cumplimiento de determinada condición.¹⁰ Con todo, el término condición ha de ser entendido en un término amplio, como contingencia o declaración de cumplimiento por parte del beneficiario, de tal forma que el cumplimiento del compromiso adquirido, en particular, en relaciones de prestaciones diversas y objetos complejos, pueda autorizar la llamada “segunda entrega” (*second delivery*) a su favor.

Aun cuando en sus inicios *escrow* inmobiliario supuso que el objeto fuera el título de propiedad (*deed*),¹¹ lo bien cierto es que pronto se extendió a cualquier documento de legitimación o comprensivo de una obligación (*bond or writting*), de modo que servía

⁹ Con la primera jurisprudencia allí citada, y no obstante, aunque las partes no se refieran de forma expresa a esta denominación, pero sin embargo éste sea el propósito de las partes en relación con la entrega del documento, como un “título de legitimación” sobre el objeto, BRISTOW, A. S. H., op. cit., pp. 333-4: “A delivery in escrow is the delivery of a deed or other instrument to a stranger with the direction that he shall deliver it to the grantee or the party for whose benefit the instrument is made, upon the fulfilment by the latter of some condition or the performance of some obligation, or upon the happening of some event, the depositor reserving the right to reclaim the deed if the condition is not fulfilled or the event does not happen”.

¹⁰ En la definición de *escrow* contenida en la Segunda edición de la *American Jurisprudence* de 1966 (Am. Jur. 2d), p. 28.

¹¹ BIGELOW, Harry A., “Conditional Deliveries of Deeds of Land”, *Harvard Law Review*, núm. 26, 1912-1913, pp. 565-587.

para garantizar no solo la venta de bienes inmuebles, sino también de toda clase de bienes o derechos.¹² Así las cosas, la extensión objetiva de la figura finalmente alcanzó a la entrega de dinero, como una suerte de *datio pro solvendo*, dando lugar a la denominada “cuenta de escrow” (*escrow account*).¹³ Todo ello sin perjuicio de su moderna aplicación a todo tipo de activos, fondos financieros o acciones, o títulos de crédito, lo cual da muestra de la flexibilidad de la figura para acoger cualquier bien, incluso de la propiedad inmaterial (como en su caso la concesión de una licencia sobre una marca o una patente) o un contrato del que resulte algún derecho económico en favor de la parte que tenga reconocido tal derecho.¹⁴ Por último recientemente se ha de dar cuenta en tiempos recientes de la importancia adquirida por el llamado *escrow* informático o tecnológico, en relación con la entrega de “códigos fuente” para el caso de insolvencia del licenciante.¹⁵

Tras este breve exordio, se ha de hacer notar que la obligación genérica de guarda que corresponde al *escrow holder*, en virtud del

¹² En principio, el *escrow* era utilizado para asegurar que el comprador atendía a todos los gastos derivados de la compraventa del inmueble, entre lo que se incluían, en otros, impuestos, seguros o gastos relativos a la hipoteca. Entre nosotros puede verse ELIZARI URTASUN, Leyre, “El contrato de escrow. Configuración en origen y recepción en el Derecho español”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 4, octubre-diciembre de 2016, pp. 35-67, p. 41-2, con remisión a MANN, John, “Escrows – Their use and value”, U. III L.F., 1949, pp. 398-422. Con todo, BRISTOW, A. S. H., *op. cit.*, p. 335, señala que si bien, por aquel entonces era usual que el objeto del *escrow* fuera una escritura (“*deed*”), también podía serlo cualquier título de crédito o valor, o cualquier otro documento, como hipotecas, arrendamientos, derechos de cobro, o solicitudes de seguros (*mortgage, bond, or note, or other obligatory writing*).

¹³ Sobre la tendencia a admitir que el dinero pueda ser objeto de los acuerdos de *escrow*, ya BYRNE, Thomas M., *op. cit.*, p. 762.

¹⁴ Así se recoge en el término *Escrow* de la enciclopedia norteamericana de Derecho *Corpus Juris Secundum*, vol. 30, ed. West, 1992, pp. 499.

¹⁵ En sentido amplio, con referencia en el *parr. 14. D. del Restatement (second) of Agency* del American Law Institute, HENN, Harry G., *op. cit.*, p. 18, contempla cualquier escritura, documento o bien que un sujeto reciba, para que pueda ser intercambiado por una suma o activo en favor de otra persona en caso de concurrencia de un determinado evento.

contrato, lo es en favor de ambas partes, en tanto que su condición de tercero independiente y la obligación de la segunda entrega o de la restitución no se hace depender de la voluntad de ninguna de ellas. De este modo, la relación se objetiva sobre la base del contrato y del documento o el dinero que es objeto de la entrega inicial por el constituyente. Por consiguiente, el *escrow holder*, como tercero independiente o intermediario, no se sujeta a la voluntad de aquél; tampoco del beneficiario, aun cuando éste puede cumplir el compromiso adquirido que le permita, previa su acreditación, la obtención del título, del instrumento o del dinero. En todo caso, se ha de destacar aquí es el marco contractual (*escrow agreement*) el que define el comportamiento debido del *escrow holder*. Así, siempre que sea posible, en particular cuando el *escrow* sea dinerario, el *escrowee* puede quedar autorizado a la realización de disposiciones parciales de las cantidades que previamente le hayan sido entregadas, conforme tenga lugar la ejecución contractual proyectada por las partes.¹⁶

B) FUNCIÓN ECONÓMICA

En determinadas circunstancias la contratación puede depender de prestaciones de una de las partes cuya ejecución tenga lugar en un momento posterior. En tal sentido, la parte que haya cumplido anteriormente con la prestación debida puede recurrir a un tercero para que retenga el título de pertenencia sobre el bien hasta la completa ejecución contractual. Se trata por lo tanto, de una medida facilitadora de la contratación, que busca conceder una mayor certidumbre a los contratantes, y no tanto, como ha sido

¹⁶ En tal sentido, DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, “El “escrow account”: contrato y garantía”, en *Actualidad civil*, núm. 1, 2007, pp. 35-40, p. 35, al que hace mención expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª, núm. 465/2012) de 9 octubre de 2012, en su Fundamento de Derecho Sexto.

sostenido desde algunos sectores, de una función de garantía.¹⁷ Ésta sólo puede ser entendida en un sentido amplio por mor de la confianza que es depositada en que el *escrowee*, por su honorabilidad profesional, generalmente una entidad financiera o un fedatario público, cumplirá con las instrucciones que le sean encomendadas.¹⁸ La nota de la confianza, unida a la entrega del título o del bien, da carta de naturaleza a la figura, frente a otros medios contractuales de garantía.¹⁹ En todo caso, la solvencia, en el plano económico, y la confianza, en el social, son las dos caras de una misma moneda que reconocen la especial diligencia exigible al

¹⁷ Parece acertada la postura mantenida la Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª, núm. 465) de 9 octubre de 2012, en su Fundamento de Derecho Octavo: “*La sentencia apelada, sostiene, en los términos antes referido, que la finalidad era constituir una garantía que sirviera para incentivar a las partes a cumplir lo pactado y fijar el destino que debía darse a la cantidad entregada, sin que sea posible concluir que lo fuera para incentivar la celebración del contrato de compraventa, ni fijar el destino que debía darse a los 150 millones de dólares, pues eso es su objeto y no su causa, (...) No compartimos tales conclusiones*”.

¹⁸ Avanza en tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014 (núm. 613/2014) cuando alude a que “*En efecto, desde el análisis conceptual que debe realizarse en el contexto descrito, la delimitación básica o nuclear de la figura, conforme a su carácter instrumental y accesorio y a su función general de aseguramiento de la correcta ejecución de la relación negocial proyectada, reside, más bien, en la participación o servicio de una tercera persona, que suele denominarse “agente de escrow”, que sin ser parte o haber participado de la negociación y desarrollo reglamentario de la relación negocial, y con independencia de la nota de ajenidad respecto de las partes contratantes, resulta llamado por razón de la confianza otorgada (fiducia) para velar por los intereses de las partes en el buen fin de la relación negocial programada a través de la verificación del exacto o regular cumplimiento del contrato celebrado, o de algunas obligaciones derivadas del mismo*”.

¹⁹ En particular en los “escrows dinerarios”. Así lo recoge también DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, *op. cit.*, p. 36, en relación con el marco de mayor confianza que confiere a las transacciones: tanto para el vendedor, porque le permite en su caso obtener el cobro íntegro del precio; y para el comprador, puesto que si aparecieran ciertas insuficiencias en el objeto podría al menos compensar, de un modo rápido y eficaz, eventuales perjuicios sobre la parte del precio retenido en el *escrow*.

escrow holder, por su singular posición, para el cumplimiento de las previsiones contractuales.

En ocasiones, el contrato de *escrow* busca no tanto servir de “garantía” de la correcta ejecución contractual,²⁰ como de mecanismo hábil para superar la existencia de “asimetrías informativas” entre las partes, en presencia de incógnitas en la valoración o rendimiento de un determinado bien productivo.²¹ Se trata, por lo tanto, de eventuales contingencias, que pueden ser probables o esperadas, y que pueden afectar a la valoración presente o a las expectativas de las partes explicitadas a través las declaraciones contenidas en el contrato.²² Si en el primer caso, el contrato de *escrow* evita la falta de cumplimiento de una de las partes, en el se-

²⁰ Se refiere así PLAZA PENADÉS, Javier, “El Contrato de Escrow”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 37, 2015, pp. 19-23, p. 23, al “aseguramiento del cumplimiento contractual proyectado, o de algunas de sus prestaciones”, si bien a reglón seguido reconoce que la menos para el *escrow* informático, el depósito no constituye ninguna garantía sino un elemento necesario para llevar a cabo la prestación resultante. Todavía con un carácter más amplio, donde cabe englobar el *escrow* informático, AYRES, Ian/ UNKOVIC, Cait, “Information Escrows, *Michigan Law Review*, vol. 111, 2012-2013, pp. 145-196, aluden ha llamado “*escrow* de información”; información que puede ser depositada en un tercero, que únicamente podrá hacerla pública o dar lugar a la interposición de acciones legales de diferente tipología, entre las que se pueden encontrar las denuncias de irregularidades corporativas y o de carácter público, cuando se den determinadas circunstancias, así como en los casos de comunicaciones cruzadas entre distintas partes que a la postre puedan tener un interés compartido.

²¹ Al respecto, desde una visión economicista de la cuestión, BHAGAT, Sanjai/ KLASA, Sandy/ LITOV, Lubomir P., “The use of escrow contracts in acquisition agreements”, en prensa, Noviembre 2012, pp. 1-45. También acerca del contrato de *escrow* como medida preventiva ante eventuales incumplimientos de las cláusulas de manifestaciones y garantías prestadas por el vendedor (representations and warranties), HEMINWAY MACLEOD, Joan/ MCLEMORE, Timothy M., “Acquisition Escrows in Tennessee: An Annotated Model Tennessee Acquisition Escrow Agreement”, en *Transactions: Tennessee Journal of Business Law*, vol. 7, 2006, pp. 273-293, p. 7.

²² Sin embargo, como señala BRISTOW, A. S. H., *op. cit.*, p. 341, las meras expectativas de una de las partes, no declaradas en el contrato, no constituyen una condición o contingencia que haya de ser tomada en consideración.

gundo tiene una función preventiva ante la falta del efectivo acatamiento de la condición o de la contingencia que las partes hayan convencionalmente pactado. A tal fin, el *escrow holder* ha de ser un tercero independiente, que, en consecuencia, no puede quedar sometido a las instrucciones del constituyente. Sus obligaciones, por lo tanto, solo se sujetan a los términos contenidos en el contrato de *escrow* en el contrato que le sirva de base y que sea por él aceptado, de modo que, verificado el cumplimiento, la condición o la contingencia, deba proceder a dar al título, al instrumento o al dinero, el destino que le haya sido especificado.²³

En definitiva, el *escrow* busca superar los riesgos que, como resultado del objeto contractual o de la conformación negocial, puedan surgir entre las partes, en particular en los sistemas donde se aplique un régimen de *due diligence* o de diligencia debida por el comprador y en los que necesite prevenir convencionalmente las diferencias de valor respecto del precio pagado. Ante tales incertidumbres, de las que debe cerciorarse la parte que no tiene el uso ni el control sobre el objeto del contrato, surge la conveniencia, en evitación de posteriores acciones judiciales entre las partes, de acudir a un tercero independiente que verifique el cumplimiento del hecho o la correcta ejecución contractual, y que, en

²³ Desde el perfil del comportamiento económico EISENMANN, Thomas R., “Platform-Mediated Networks: Definitions and Core Concepts”, *Harvard Business School*, Module Note 807-049, 2006, pp. 1-34, p. 7, se refiere, dentro de la teoría de juegos, al “problema del pingüino”, en el que los sujetos, como los pingüinos que hambrientos se reúnen en el borde de una placa de hielo y son reacios a sumergirse en el agua, aun cuando saben que allí esta comida, porque un orca podría estar al acecho, son también contrarios a asumir los riesgos de la contratación. Esta postura, que lleva a que ningún pingüino quiera sumergirse en primer lugar, trasladada a la racionalidad individual, puede suponer la renuncia de oportunidades atractivas, como por ejemplo, la consecución de un producto innovador. El *escrow*, en tal caso, puede ser especialmente útil, siempre que el *escrow holder* tenga la confianza de ambas partes, para lo cual ha de mantener su independencia o mutua interdependencia de ambas, a fin de superar las incertidumbres que presenta la contratación o el intercambio de información especialmente sensible.

correspondencia, proceda a la entrega del título de legitimación al beneficiario o a su restitución al constituyente.²⁴

C) NOTAS CARACTERÍSTICAS

Contrato instrumental y autónomo

El *escrow* puede ser entendido desde diversas perspectivas. En primer lugar, puede ser visto como una mera cláusula incorporada a un contrato en la que las partes deciden entregar el título de pertenencia, u otro instrumento jurídico o dinero, a un tercero, sometido al cumplimiento de determinadas obligaciones o a la concurrencia de un suceso que autorice la segunda entrega al beneficiario.²⁵ Este mecanismo contractual da lugar, a su vez, a un contrato de las partes con el *escrow holder* que asume la ejecución de la entrega o, en su caso, la obligación de restitución al constituyente. Por último, desde un último perfil, cuando el objeto del *escrow* es dinero tal pacto o contrato da lugar a la creación de la denominada “cuenta de *escrow*” (*escrow account*), en la que las cantidades quedan bloqueadas a la espera de su destino definitivo.

El contrato de *escrow*, en principio, tiene su origen en un contrato anterior exclusivamente celebrado entre las partes. Esto lle-

²⁴ Así, para DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, *op. cit.*, p. 36. El comprador, si bien pierde el dominio sobre las cantidades entregadas, mediante el *escrow* conserva sobre ellas una facultad de agresión cuando las cosas no se ajusten a lo pactado.

²⁵ Incluso puede aparecer como un elemento a ser considerado en los anexos de los respectivos contratos, práctica habitual en la contratación internacional sobre objetos complejos. Así puede verse en el modelo de contrato para fusiones y adquisiciones internacionales de la Cámara de Comercio Internacional, en el apartado A.24.1 de su Lista A, referida a las manifestaciones y garantías (*Schedule A - Model International Mergers And Acquisitions Contract (I - Shares Purchase Agreement)*), que en el marco de los sistemas tecnológicos de información, entre los acuerdos referidos al uso, asistencia, mantenimiento y desarrollo de los componentes de los sistemas informáticos, incluye los acuerdos de *escrow* sobre los “códigos fuente” (*source code escrow agreements*).

va a que se plantee su accesoriadad (como *ancillary contract*) y, por lo tanto, su dependencia de la validez del contrato principal celebrado por ellas a las que luego se añade el compromiso del *escrow holder*, creando así una relación trilateral. Es más, el negocio que sirve de base al contrato de *escrow* ha de ser un contrato en firme, no siendo suficiente con una mera promesa contractual, manteniéndose así, como elemento nuclear, la necesaria entrega del título de legitimación al *escrowee*. Este carácter real de la relación, en razón de la necesidad de entrega del documento, resulta confirmada por la posibilidad de que la condición o contingencia no conste de forma expresa por escrito, sino que otros medios de prueba permitan acreditar la existencia de esta particular relación, que no permite al *escrow holder* retener para sí el objeto ni el documento que le sea entregado.²⁶

Sin embargo, este carácter accesorio del contrato debe ser matizado. Si bien es frecuente su utilización en el ámbito de las adquisiciones de empresas y en otras operaciones financieras,²⁷ en las que los correspondientes *agreements* adoptan la condición de “contrato principal”, el *escrow* puede quedar, en sus términos esenciales, ya allí especificado. Por consiguiente, puede no existir documento alguno separado, dado que lo relevante será la entrega del documento que legitime un derecho de propiedad o de uso sobre un determinado bien, o incluso, de determinada información secreta relevante para que quede en manos del *escrow holder*.²⁸ Por otro lado, usualmente el contrato de *escrow* se caracteriza por insertarse en un negocio complejo, respecto del cual mantiene un carácter instrumental y accesorio, y por su función general de procurar el buen fin de la relación negocial programada a través

²⁶ Sobre el particular, véase, BRISTOW, A. S. H., *op. cit.*, pp. 335, 340 y 343.

²⁷ Como ya indicábamos en nuestro trabajo, *El contrato de compraventa de empresa*, *op. cit.*, p. 627, la obligación de pago al vendedor, que encuentra su base en las declaraciones y garantías de las partes y en otras cláusulas que afectan a las mismas, se sujeta al cumplimiento en tiempo y forma de los requisitos exigidos en el contrato de compraventa.

²⁸ Posibilidad también apuntada por MANN, John, *op. cit.*, p. 398.

de la verificación del exacto o regular cumplimiento del contrato celebrado, o de algunas de las obligaciones derivadas del mismo.²⁹

No obstante, dentro del complejo entramado negocial en el que se ubica el *escrow*, esta relación trilateral, pese a tener un marcado carácter instrumental de la bilateral que originariamente vincula a las partes, adquiere un carácter autónomo respecto del contrato en ocasiones denominado principal.³⁰ Se plantea entonces si los efectos derivados del contrato principal o del que el *escrow* trae causa se extienden a éste, o si, sin embargo, el *escrowee* queda fuera de las responsabilidades que puedan resultar para las partes como consecuencia de su relación separada.³¹ La referencia a los contratos coligados, sobre la base de un común fin negocial, donde pueden intervenir diversos sujetos, permite superar el carácter accesorio del contrato de *escrow* respecto del contrato de base del negocio jurídico, dotándolo, en consecuencia, de una singular autonomía.³²

²⁹ En tal sentido se pronuncia, en su Fundamento de Derecho segundo la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014 (núm. 613/2014).

³⁰ Así lo reconoce, verbigracia, ELIZARI URTASUN, Leyre, “El contrato de *escrow*”, *op. cit.*, p. 52.

³¹ ZAGAMI, Paolo, *op. cit.*, p. 368, trae, en este punto, la cláusula de exoneración de responsabilidad que usualmente pactan las partes con el *escrow holder* para, al menos en el ámbito interno, excluir su eventual responsabilidad por los compromisos asumidos por las partes en el contrato principal.

³² Así se puede ver en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de febrero de 2016 (núm. 71) cuando señala que “*es evidente que el contrato de prestación de servicios por el que recibió el pago la demandante, y que ahora reclama como integrante del préstamo para el desarrollo de un proyecto de innovación y cuenta de depósito en garantía, no se integraba en el mismo, al no obedecer a la causa de tal concesión, sino a la remuneración por la prestación de unos servicios, cuyo contenido, alcance e incluso existencia se encuentra huérfano de adveración por el ahora apelante*”. Con referencia a un reconocimiento de deuda proveniente de diferentes relaciones empresariales entre las partes, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de octubre de 2015 (núm. 264) considera que “*no es posible determinar si los dos pagos de 300.000 euros son imputables a este contrato o al de izado de las grúas y transporte de una de ellas. En dicho documento se tratan las deudas generadas por los distintos contratos como si fueran una sola a los efectos del pago, fijando*

Tal autonomía se deduce así, en los negocios complejos, tanto por el objeto contractual como por su *iter* formativo, de su integración dentro de una serie de documentos que se hallan unidos por un vínculo funcional común.³³ En suma, el *escrow*, aun cuando pueda tener la consideración de una mera cláusula del contrato o en él”, en los denominados *escrows* de dinero, y también, por extensión, de otros valores, solo se haga mención de la creación de una “cuenta de escrow”, adquiere un carácter autónomo en virtud de la intervención de un tercero independiente.³⁴ Este contrato, que mantiene su carácter instrumental, al menos en sus especificaciones con el tercero, por lo tanto, adquiere un carácter autónomo, si bien coligado, al resto de contratos y documentos que resulten de la conformación de la entera relación negocial.

Por otro lado, la flexibilidad en la configuración de la relación triangular de *escrow* añade la posibilidad, al menos teórica, de la conformación de estos contratos pese a la inexistencia de relaciones expresamente documentadas contractualmente por las partes.

los plazos y forma de satisfacerla. Solo sería claramente imputable al último de los contratos el pago de 1.150.000 euros efectuado mediante escrow account al estar expresamente contemplado en el contrato celebrado el día 2 de octubre, sin perjuicio que la sentencia también haya considerado aplicable a dicho contrato el pago de 160.000 euros”.

³³ Sobre la necesidad de atender a los vínculos negociales y teleológicos, en general, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I (“Introducción a la teoría del contrato”), Madrid, Civitas, 1993, p. 363.

³⁴ En torno a estos aspectos, también se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014 (núm. 613), en su Fundamento de Derecho Segundo, a “*su marcado carácter instrumental respecto del complejo negocial querido por las partes, y (...) también encuentra una variada aplicación en la práctica jurídico financiera a través de la denominada “cuenta escrow” en donde se depositan unos fondos conexos al cumplimiento de los términos y circunstancias pactados*”. En esta línea, ya la Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª, núm. 465/2012) de 9 octubre de 2012, en su Fundamento de Derecho Sexto, de conformidad con la calificación dada por la primera instancia, mantenía su carácter de “*negocio jurídico atípico, de naturaleza compleja y autónoma del contrato de compraventa que las partes proyectaban realizar, aunque íntimamente relacionado con la misma*”.

Al igual que el *escrow* puede no constituir un documento separado, y quedar insertado en el contrato como una mera cláusula o incluso como una remisión a la constitución de una cuenta, de modo que su aceptación por el tercero independiente puede ser entendida de forma tácita con la entrega del documento, otro tanto se puede decir en sentido inverso. La constitución del *escrow*, si bien con carácter general se enmarca dentro de una relación documentada entre las partes y trae causa de otro negocio jurídico al cual sirve para facilitar su perfección y verificar su cumplimiento y ejecución, no obstante, también puede documentarse en un contrato con el tercero independiente sin necesidad de referencia a otro específico contrato que le sirva de soporte.³⁵ En tal sentido el contrato de *escrow* incluso puede adquirir un carácter abstracto, al modo de la teoría general de los títulos valores, con particular significación en el ámbito de las operaciones financieras.

Condicionalidad y automatismo u objetivación: carácter documentario del contrato

Tal y como se ha indicado, el *escrow* tiende a ser instrumental de una relación subyacente entre las partes que actúan en él como constituyente y eventual beneficiario, y forma parte, al mismo tiempo, de una relación más compleja, por su formación o por su contenido, si bien no puede soslayar ni su carácter autónomo, ni su carácter trilateral. Esto no quita, sin embargo, para que su contenido y las obligaciones que derivan para el *escrow holder* puedan ser adaptados según las exigencias o la instrumentalidad del contrato, a fin de dotar eficacia al complejo negocial proyectado.

Junto a la entrega del bien al *escrow holder*, la literalidad a la que deben obedecer las condiciones y contingencias que den lugar a la entrega al beneficiario juegan otro rol protagonista dentro del constructo para que aquél pueda cumplir correctamente con la

³⁵ Ya hacía referencia a esta posibilidad, AIGLER, Ralph W., "Is a Contract Necessary to Create an Effective Escrow?", en *Michigan Law Review*, vol. 16, núm. 8, 1918, pp. 569-588, esp. p. 585.

ulterior obligación de entrega al beneficiario (*second delivery*) o, en su caso, con la de restitución al constituyente (*redelivery*). Ya se ha dejado constancia del carácter fiduciario de la relación que une al tercero con las partes, así como de la posibilidad de que la relación no sea formal, en tanto que cabe admitir su aceptación tácita. Sin embargo, parece que la entrega constituya un elemento esencial que aproxima al contrato de *escrow* a la órbita de aquellos contratos, siquiera consensuales, que requieran una eficacia real para su perfeccionamiento, de tal modo que sin ella no devenga el derecho a la retribución del *escrowee*.³⁶

A su vez, la profesionalidad que caracteriza al *escrow holder* y su utilización en operaciones especialmente complejas hacen que el preminentecarácter fiduciario que da pie a su celebración, a posteriori, en relación con el condicionamiento del destino del título documental o del instrumento, lleve a un cierto automatismo u objetivación en su ejecución³⁷. No se debe ello confundir con que se trate de un contrato formal, tal y como ya se ha indicado, sino que, llegado a este punto, se trata de poner énfasis en que la ejecución del *escrow* ha de atender a los términos literales que determinan que el título, o más ampliamente, el instrumento o la información confidencial, sean finalmente entregados al benefi-

³⁶ En términos similares, MORAIS ANTUNES, Joao Tiago, *Do contrato de depósito escrow*, ed. Almedina, Coimbra, 2007, p. 273. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014 (núm. 613), en el apartado quinto de su Fundamento de Derecho segundo, incide en que “*también participa de las notas de confianza y profesionalidad del prestador del servicio; generalmente sujeto a retribución pero que también puede ser configurado a título gratuito*”.

³⁷ Este fenómeno es advertido por la Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª, núm. 465/2012) de 9 octubre de 2012, en su Fundamento de Derecho Sexto, cuando indica que “*Se trata, en suma, de un negocio de confianza, destacando entre sus notas características, la de guarda o depósito con un marcado carácter y función de garantía, que se configura como motivo, en cuanto la obligación de restitución se encuentra condicionada al cumplimiento de determinadas contingencias. Es también nota característica de esos contratos o prácticas comerciales, la de que se prestan previo análisis financieros, donde se identifican las contingencias o riesgos (posibles evicciones o errores contables)*”.

ciario.³⁸ Tal literalidad se compadece con el automatismo exigido del *escrow holder* toda vez que haya verificado, o según el mecanismo establecido al efecto, el cumplimiento de la obligación, de la condición o de la contingencia.³⁹ En consecuencia, la fijación

³⁸ En el punto relativo a la asunción de riesgos entre las partes, a falta de un régimen específico, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014 (núm. 613/2014), en el apartado octavo de su Fundamento de Derecho Segundo, entiende que “*si bien el juicio de tipicidad puede comportar una asignación contractual del riesgo derivado, cuando dicho riesgo queda embebido en la tipicidad previa de los elementos o contratos típicos que confluyen o se yuxtaponen, casos de los contratos mixtos y de los contratos coaligados, no ocurre lo mismo en aquellos supuestos de contratos complejos en donde bien por la propia fusión de prestaciones realizada, o bien por la tipicidad básica que refiere el carácter instrumental del negocio atípico, caso que nos ocupa, la asignación del riesgo contractual no resulta determinada directamente por el pertinente juicio de tipicidad. En estos casos, la voluntad de las partes contratantes puede optar por configurar el régimen de aplicación que deba regir la incidencia contractual del elemento condicional sujeto a la decisión de la administración (factum principis)*”. Con ello pone el acento en que la condición o contingencia ha de quedar claramente plasmada por la voluntad de las partes. Añade a lo anterior el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª, núm. 465.) de 9 octubre de 2012, que “*el contrato, como todo negocio jurídico bilateral y oneroso, tiene un contenido obligacional, pero en el caso presente ello se concretaba en la obligación de asumir y soportar las consecuencias derivadas de la concurrencia de determinadas circunstancias expresamente descritas por las partes. En consecuencia con lo indicado, la finalidad que de manera lógica perseguían las partes con este contrato, era la de determinar quién tenía que soportar las consecuencias, si no se verificaban de manera objetiva y constatable una serie de contingencias, al margen de la actuación o comportamiento de cada una de ellas*”.

³⁹ Entre las cláusulas frecuentes en este tipo de contratos se encuentran aquellas referidas a la identificación y capacidad del *escrow holder*, a las partes constituyente y beneficiaria, al objeto del *escrow*, y a las contingencias o condiciones que autoricen la entrega al beneficiario; la disponibilidad del uso del título al *escrow holder* para el ejercicio de las facultades que les son inherentes, sus deberes y obligaciones así como la fijación de su retribución; y el método de resolución de disputas entre cualquiera de las tres partes. En tal sentido, algunos autores han tratado de sistematizar las cláusulas típicas derivadas de las prácticas en la redacción de estos contratos; al respecto puede verse, HEMINWAY MACLEOD, Joan/ MCLEMORE, Timothy M., *op cit.*, p. 278 ss.; y MALAK, Paul J.,

de la condición, sin perjuicio del medio de prueba que sirva para su acreditación, se presenta como el otro elemento central para reconocer la existencia de un derecho que se pueda calificar de contingente para las partes, y excluir la titularidad del tercero independiente por la mera tenencia del título de legitimación o la posesión del instrumento legal correspondiente.⁴⁰

Irrevocabilidad y control sobre el objeto del escrow. Independencia del tercero

Otra de las notas que caracterizan al contrato, junto a la autonomía y la literalidad, todo ello relacionado con la relevancia de la tradición del documento que constituya su objeto, atañe a la irrevocabilidad del mandato que es conferido al *escrow holder*. Solo entendido desde la mutua conformidad del constituyente y del beneficiario, se puede excluir que el contrato pueda ser con-

“Escrow Agreements in Business Acquisitions”, en *ALI-ABA’s Practice Checklist Manual on Advising Business Clients III: Checklists, Forms, and Advice from the Practical Lawyer*, Filadelfia, American Law Institute-American Bar Association, 2004, pp. 51-54; todo ello sin perjuicio del intento de su codificación en el marco de la protección de los inversores a través de la *Trusted Intermediary Lending Act* ((Reg. Z), 78 Fed. Reg. 4726), y de la aplicación de la *Truth in Lending Act* (Regulation Z del Bureau of Consumer Financial Protection) de 2013, resultado a su vez de la Dodd-Frank Act (*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*), en el marco de la protección de los consumidores en la comercialización de hipotecas.

⁴⁰ En tal sentido, BYRNE, Thomas M., *op. cit.*, p. 762, se refiere al interés contingente sobre la propiedad objeto del escrow (*contingent interest property*), mientras que, a falta de duración, alude al plazo que se estime razonable por los Tribunales. Quizá en nuestro caso sea más oportuno acudir al plazo de prescripción de cinco años previsto para las obligaciones personales en el apartado segundo del artículo 1964 del Código civil, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Por otra parte, considera BRISTOW, A. S. H., *op. cit.*, p. 346, que en determinados casos el advenimiento de la condición hace que los efectos de la transmisión de la propiedad se retrotraigan al momento de la primera entrega.

siderado en favor de tercero.⁴¹ En consecuencia, las instrucciones recibidas han de ser cumplidas en los términos establecidos en el contrato, lo cual denota su preminente carácter documentario. De este modo, únicamente mediante un nuevo acuerdo entre las partes cabe que se modifiquen los términos contractuales y que pueda variar la conducta debida del *escrowee*.⁴²

Con motivo de la irrevocabilidad de la constitución del *escrow*, la obligatoriedad del contrato, unida a la entrega del documento, supone necesariamente que el constituyente pierda la capacidad decisoria sobre el título de legitimación. Cuestión distinta será si mantiene el uso del bien, si éste pasa el beneficiario, aun cuando éste carezca también de título, o si pasa al dominio del *escrow holder* de forma provisional hasta el acaecimiento de la circunstancia que determine su destino y titularidad final. Las distintas modalidades de *escrow*, en relación con las finalidades perseguidas por las partes, dan lugar a situaciones diversas. En todo caso, si el constituyente mantiene una facultad de revocación o de control sobre el instrumento objeto del *escrow* el contrato no puede ser calificado jurídicamente como tal.⁴³

Consecuencia lógica de la irrevocabilidad del contrato, a falta de ulterior acuerdo entre las partes, y de la pérdida del control sobre el título, será, en el plano subjetivo, la exigencia de independencia del *escrow holder* respecto de ambas partes. El carácter trilateral de la relación hace que, no obstante la nota de confianza

⁴¹ Considera BRISTOW, A. S. H., *op. cit.*, p. 345, que el *escrow holder* actúa como un agente de ambas partes, y que debe entregar el título al beneficiario cuando éste cumpla sus obligaciones pero el constituyente, con su actividad, impida su consecución.

⁴² Así es expresamente reconocido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª, núm. 465) de 9 octubre de 2012, en su Fundamento de Derecho Octavo, cuando señala su naturaleza “*irrevocable y definitiva, que solo estaba obligada a reintegrarla de cumplirse todas y cada una de las circunstancias previstas en el contrato y que en cualquier caso que no se cumplieran todas y cada una de las circunstancias allí previstas perdería cualquier derecho respecto del importe del escrow*”.

⁴³ En torno a estas cuestiones, con mayor detalle, AIGLER, Ralph W., *op. cit.*, p. 573 ss.; y BYRNE, Thomas M., *op. cit.*, p. 762.

que lo inspira, el *escrowee* no se halle en una situación de dependencia, siquiera de independencia con sometimiento a las instrucciones, respecto de ninguna de ellas.⁴⁴ La condición de tercero o “extraño”, por ende, no concurre cuando el *escrow holder* sea, al mismo tiempo, agente de una de las partes y, por lo tanto, quede sujeto a sus instrucciones, lo cual desconfiguraría la naturaleza del contrato⁴⁵. Esto hace que sea usualmente una entidad financiera en los *escrows* dinerarios, en los que aparezca la existencia de una *cuenta de escrow*, o un fedatario público u otros intermediarios profesionales independientes, al modo de los albaceas o testamentarios, los que asuman tal posición jurídica en la contratación.⁴⁶

III. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

A) DEL CONTRATO DE MANDATO Y DE COMISIÓN MERCANTIL

En el *Common Law* el *escrow* ha caminado de forma paralela a la “teoría de la agencia”, si bien, pese a su utilización en la práctica,

⁴⁴ Por muchos, LUCIANI, Aldo Marco, *op. cit.*, p.804.

⁴⁵ Así es originariamente reflejado por BRISTOW, A. S. H., *op. cit.*, pp. 339-340, que, no obstante, mantiene que los administradores de las sociedades pueden alcanzar tal condición siempre que cumplan con las condiciones personales que les permitan mantener su independencia (en particular en el caso de la entrega a un administrador de una entidad financiera o de una compañía de ferrocarriles, a las que también se refiere el artículo 186 y concordantes de nuestro decimonónico Código de comercio). Más recientemente, recoge la jurisprudencia que admite que un abogado de las partes, siempre que mantenga su independencia, también puede actuar como *escrowee*, LUCIANI, Aldo Marco, *op. cit.*, p. 813.

⁴⁶ Con remisión al artículo 1176.2 del *Codice civile* y la diligencia allí exigida, SANGIOVANNI, Valerio, “Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni social”, en *I contratti*, núm. 2, 2013, pp. 195-205, p. 205. Asimismo, ZAGAMI, Paolo, *op. cit.*, p. 367, alude a que determinados Estados norteamericanos requieren la correspondiente licencia para el ejercicio de la actividad de *escrow*, y pone el ejemplo del estado de California, donde las sociedades que se dediquen a esta actividad habrán de adoptar la forma de la *corporation*.

no ha alcanzado su nivel de institucionalización. Elementos como el derecho a la posesión y al control sobre la cosa, que llevan a que el agente actúe por cuenta y según las instrucciones dadas por el principal, aun cuando sea considerado un tercero independiente, suponen que el principal haya de asumir la responsabilidad de los actos realizados por el agente frente a terceros⁴⁷. Sin embargo, en el contrato de *escrow* la perspectiva es diferente. El *escrow holder* es reputado un tercero independiente de la relación *inter partes*, que ya quedan especificadas en un momento previo, de modo que el destino del título, o en su caso, el dinero o la información, como posibles objetos en sentido amplio, se somete a las obligaciones y contingencias también prefijadas por las partes.

De esta forma el constituyente, a diferencia del mandante, pierde el control sobre el objeto y carece de las facultades de impartir instrucciones sobre la actividad del *escrow holder*, en ocasiones también mal denominado *escrow agent*, al ser así considerado de ambas partes en esta relación. Se requiere asimismo, para la modificación de sus términos, el consentimiento del beneficiario.⁴⁸ En consecuencia, los efectos de la pérdida de la cosa, que no sea imputable al *escrow holder*, tendrán un impacto patrimonial sobre la parte que finalmente tuviera derecho a su entrega definitiva o segunda entrega o a la restitución.⁴⁹ Tampoco la muerte del constituyente supone una causa de disolución del contrato, toda vez que éste ya ha perdido el control sobre el interés que el título objeto del *escrow* (cfr., art. 1732.3º respecto de la muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario como causa de extinción del mandato, frente al artículo 280 del Código de comercio, que, merced a la objetivación

⁴⁷ Aspectos que son destacados por GARRISON, Roger K., *op. cit.*, pp. 47-8.

⁴⁸ También AIGLER, Ralph W., *op. cit.*, p. 588, se muestra contrario a entender el *escrow* como una mera oferta del principal a un tercero y al *escrow holder* como un representante el constituyente.

⁴⁹ Asimismo, GARRISON, Roger K., *op. cit.*, p. 50.

de las relaciones mercantiles, excluye que la muerte o inhabilitación del comitente dé lugar a la rescisión contractual).⁵⁰

Con todo, la traslación de la figura al Derecho patrio admite cierta *analogía legis* al contrato de mandato.⁵¹ En articular, el artículo 1731 de nuestro Código civil autoriza que dos o más personas puedan nombrar un mandatario para un negocio común y que las instrucciones inicialmente concedidas puedan variar con el consenso de ambas.⁵² Ahora bien, fuera de lo anterior y de los documentos que acrediten tales instrucciones, el *escrow holder* mantiene la autonomía necesaria para atender a la obligación de entrega o de restitución en atención a aquéllas, al paso que su actuación no puede ser considerada por cuenta de los mandantes frente a tercero alguno.

A todo ello se añade que el contrato de mandato puede ser reputado mercantil y, por lo tanto, asumir la calificación jurídica de contrato de comisión mercantil, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista, tal y como predica el artí-

⁵⁰ Asimismo, GARRISON, Roger K., *op. cit.*, p. 51.

⁵¹ Posición expresada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014 (núm. 613) en el apartado cuarto del Fundamento de Derecho segundo: “Desde esta tipicidad básica o nuclear la fuente informadora, y también de integración supletoria de esta figura atípica, queda referenciada en el contrato de mandato, que determina las instrucciones de verificación que deben realizarse, esto es, las denominadas notas de automatismo y objetivación de la figura, y en el contrato de servicios que le sirve de marco de actuación y que, a su vez, también participa de las notas de confianza y profesionalidad del prestador del servicio; generalmente sujeto a retribución pero que también puede ser configurado a título gratuito”. De esta postura se hacen eco ELIZARI URTASUN, Leyre, “El contrato de escrow”, *op. cit.*, p. 49, quien todavía lo configura como un contrato mixto de mandato-depósito. También, a partir de la “teoría de la absorción”, SANGIOVANNI, Valerio, *op. cit.*, p. 197. Aun y con esto, téngase en cuenta que ya TIFFANY, Herbert T., *The Law of Real Property*, 3ª ed., ed. Jones, 1939, § 1049, consideró que la atención dispensada al carácter esencial de la entrega física del título o instrumento de propiedad no era más que un “vestigio de su formalismo primitivo” (*relic of primitive formalism*).

⁵² También PLAZA PENADÉS, Javier, *op. cit.*, p. 23, lo vincula a las especificaciones de ambas partes.

culo 244 de nuestro Código de comercio. Se podría pensar, dentro de la variedad de sectores y actividades a los que alcanza este contrato instrumental, verbigracia, en los *escrows* dinerarios en los que intervenga una entidad financiera, que desde esta perspectiva adquieren también la consideración de contratos bancarios. Pero, sin perjuicio de las regulaciones sectoriales, en tal caso también se podría pensar que esta posibilidad se enfrenta con la “prohibición de autoentrada” y “órdenes cruzadas” a la que se somete el comisionista para comprar para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender y para vender lo que se le haya encargado comprar. Con todo, la licencia de los comitentes podría superar esta limitación, a mayor abundamiento si se considera que el contrato de *escrow* es instituido por el común entendimiento de ambas partes. Ahora bien, la obligada neutralidad del *escrow holder*, que determina su independencia radical, su sometimiento a los términos del encargo, y el automatismo u objetivación de la relación con ellas, alejan la figura del mandato y siquiera de la condición de “agente” de ambas, desde los parámetros clásicos del *Common Law*.⁵³

La condicionalidad de la relación, por otra parte, aporta un plus al marco relacional, por lo que no debe ser soslayada. Como tampoco que el *escrow holder* compromete su actividad a tal condición o contingencia, por lo que no basta con la diligencia de cumplir el mandato, cuya ejecución puede depender de la conclusión de un negocio jurídico con un tercero (cfr., arts. 1726 del Código civil y 252 del Código de comercio).⁵⁴ Por otro lado, la

⁵³ Así, a la luz del caso *Weigel vs. Hardesty e Robertson* (541, 549 P.2d 1335, 37 Colo. App. 1976), LUCIANI, Aldo Marco, *op. cit.*, p. 812.

⁵⁴ Sobre la especial diligencia exigida al *escrow holder*, con referencia en el caso *Chicago Title & Trust Co. V. Walsh* (340 N.E.2d 106, 34 Ill. App. 3d 458, 18 U.C.C. Rep. Serv. (CBC) 990 (1st Dist. 1974)), LUCIANI, Aldo Marco, *op. cit.*, pp. 815-6. En nuestro fuero interno, puede contrastarse con los sujetos obligados en el artículo 2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en particular para “Las personas que ejerzan actividades de depósito, custodia o transporte profesional de fondos o medios de pago”; y, en el ámbito comunitario, la Directiva (UE) 2015/849, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015,

actuación en interés del mandante tampoco parece conjugar convenientemente con la figura del *escrow holder*, quien en modo alguno actúa en interés del constituyente, sino de ambos, constituyente y beneficiario, y de forma contingente, puesto que su actividad se ajusta al resultado de la obligación asumida o de la condición establecida.⁵⁵ Desde este punto de vista se ha de entender su irrevocabilidad, frente a la revocación del artículo 1732 del Código civil, como modo de resolución del mandato, y la facultad del comitente de revocar la comisión, cualquiera que sea el estado del negocio, del artículo 279 del Código de comercio.

B) DEL CONTRATO DE FIDUCIA DE GARANTÍA

Una de las notas que caracterizan al contrato de *escrow* es la confianza que resulta depositada en el *escrow holder*. Sin embargo, tal carácter *in tuitu personae* de la relación no es solo definitorio del contrato de *escrow*, sino que es también una nota compartida con otros contratos basados en la confianza.⁵⁶ Este elemento configurador de la relación, sin embargo, ha hecho que algunas orientaciones hayan tratado su enfoque desde los negocios fiduciarios e, incluso en los sistemas del *Common Law*, y en otros cuya regulación se ha visto influida por él, a través de la figura del *trust*.⁵⁷

relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

⁵⁵ Considera, en esta línea, DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, *op. cit.*, p. 38, que aunque podrían encontrarse notas comunes con el mandato, éste pasaría a un segundo plano en la calificación del negocio, en la que se ha de destacar la función guarda y la manera y las causas que dan lugar a la restitución.

⁵⁶ Como bien apunta, *lato sensu*, DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, *op. cit.*, pp. 39-40, verbigracia, respecto del mandato o del depósito. También sobre la “confianza otorgada (fiducia)” en este ámbito, PLAZA PENADÉS, Javier, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁷ Son exponentes de esta postura, GRASSETI, Cesare, “Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario”, *Rivista di diritto civile*, marzo-abril 1941, pp. 97 ss.; PROVAGGI, Gabriella, “Agency escrow”, *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, Giuffrè editore, 1991, pp. 291-308, p. 302; y ZAGAMI, Paolo, *op. cit.*,

En nuestro caso, como “herencia” del Derecho romano, si bien con ciertas restricciones, se admite la “sustitución fideicomisaria”, lo cual puede acaecer en favor de un heredero para que conserve un determinado patrimonio o para que lo trasmita a un tercero (cfr., art. 781 ss. C.c.)⁵⁸. La evolución del Derecho romano llevó a que las “sustituciones fideicomisarias”, destinadas para conservar los bienes vinculados a una sola familia, se extendieran al llamado *pactum fiduciae*, que a su vez permitió que el adquirente mantuviera, por acuerdo entre vivos y en determinadas circunstancias, una obligación de entrega de los bienes recibidos.⁵⁹ En la fiducia, con carácter general y con motivo de la “teoría del doble efecto”, el fiduciario adquiere la plena propiedad de la cosa y las facultades que le son inherentes, pero, al menos en el aspecto interno de la relación, hade destinar la cosa para el propósito para el que la recibe, sea en administración, para su inversión o como garantía. Desde este punto de vista, el fiduciario mantiene un deber de actuación en interés del fiduciante.⁶⁰

esp. pp. 365 y 376, para quien el *escrowee* asume las connotaciones propias del *trustee*, si bien con unos poderes limitados.

⁵⁸ Acerca de estas cuestiones, SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, “Planificación sucesoria: el testamento en la sucesión anómala y las transmisiones “parasucesorias””, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales* (coords. M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill), vol. 1, 2010, ed. Bosch, Barcelona, pp. 3-53, pp. 7-9; y FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián, “La conservación y continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio”, *ibidem*, pp. 219-268, p. 265-6.

⁵⁹ A su vez, la transmisión podía tener lugar como *fiduciae cum creditore* o de garantía, donde el deudor transfería por *mancipatio* o *injure cessio* la propiedad de un bien con el encargo de que le fuera retransmitido toda vez la obligación fuera satisfecha; o como como *fiduciae cum amico*, en la que fiduciante transfería los bienes y con ellos las facultades dominicales al fiduciario. En nuestra doctrina supone una referencia obligada, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín, *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Cuadernos Civitas, ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 45 ss.

⁶⁰ Por ello que DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, ed. Civitas, 1985, pp. 423-4, se refiera a una titularidad material del fiduciario, que crea una apariencia de titularidad dominical que permite proteger a los terceros de buena fe por los actos de disposición de aquél.

Esta autonomía externa del fiduciario, junto a la transmisión de la propiedad formal, ha llevado a los sistemas del *Common Law* a adoptar la figura institucional del *Trust*, como afectación de un patrimonio a una determinada finalidad, si bien con una amplia flexibilidad. Merced a un expreso reconocimiento legal de este acto unilateral mediante el cual se afecta un bien en beneficio de un tercero o del propio creador, el *trust*, a diferencia de la fiducia, da carta de naturaleza a la creación de un patrimonio separado. Con ello el *settlor* o constituyente obtiene mayores garantías legales, en relación con el destino que el *trustee* ha de dar a los bienes integrados en el patrimonio de afectación.⁶¹ No obstante estas aparentes ventajas, el ordenamiento y la dogmática españoles han mantenido fuertes reticencias respecto de la admisión de la figura y la disociación de la propiedad entre una propiedad formal (*legal title*) del *trustee*, basada en los esquemas del *Common law*, y una propiedad material o bonitaria (*equitable right, cestui que trust*), basada en la equidad, en favor del beneficiario.⁶²

La aproximación del *escrow* al *trust* parte de la admisión, también en este último caso, de la condición del beneficiario como un sujeto que puede ser distinto del *settlor* y del *trustee*, por lo que mientras el bien se encuentre en manos de este último, tendrá la condición de “patrimonio separado” de ambas partes.⁶³ Ahora

⁶¹ Como señalan HANSMANN, Henry/ KRAAKMAN, Reinier, “The Essential Role of Organizational Law”, en *Yale Law Journal*, núm. 110, 2000, pp. 387-440, p. 406, la principal contribución del *Trust* consiste en la existencia de este patrimonio separado en favor de los beneficiarios. Sobre la distinción entre la separación de la titularidad del patrimonio del *settlor* mediante su afectación, las limitaciones en el aprovechamiento de los bienes por parte del *trustee* y la responsabilidad patrimonial, que recae en los beneficiarios, HANSMANN, Henry/ MATTEI, Ugo, “Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”, en *New York University Law Review*, vol. 73, núm. 2, 1998, pp. 434-479, p. 438 ss.

⁶² Al respecto, VIRGÓS SORIANO, Miguel, *El Trust y el derecho español*, ed. Madrid, Thomson-Civitas, 2006, p. 40 ss., y DE ARESPOCHAGA, Joaquín, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 122 y 128.

⁶³ Cfr., art. 2 del Convenio sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento, de 1 de julio de 1985.

bien, el *escrow holder*, al que se entrega el título o documento de legitimación, no obtiene, al mismo tiempo, ninguna propiedad para sí, siquiera aparente, ni el *escrow* permite constituir un patrimonio separado del de las partes.⁶⁴ A diferencia de la existencia de un patrimonio de afectación, la propiedad solo mantiene un carácter contingente, en virtud de los intereses de las partes, sometido al acaecimiento de la condición prevista o del cumplimiento de la obligación pactada.⁶⁵

Ambas instituciones pueden compartir, eso sí, de acuerdo con los pactos alcanzados por aquéllas, ciertas obligaciones de administración, gestión o disposición. Pero tampoco en este caso tiene lugar en su creación y desarrollo una relación bilateral entre el *settlor* y el *trustee*, sino que ha de tener lugar la intervención, siquiera implícita, del beneficiario en esta relación trilateral. Por lo tanto, no se puede colegir que el *escrow holder* actúe como un titular aparente y el constituyente como un titular real, como sucede con el fiduciario y el fiduciante, ni en representación del constituyente frente a terceros, por implicar, en definitiva, una relación de carácter preminentemente documental e interna entre dos partes y el *escrow holder*.⁶⁶

⁶⁴ Así, GARRISON, Roger K., *op. cit.*, p. 52, puesto que el *escrow holder* no tiene un título de propiedad alguno, al paso que critica que el Tribunal Supremo estadounidense, en las Sentencias *Citizens National Bank v. Davisson* (229 U.S. 212 1913) y *Lyons v. Liberty National Bank* (65 F.(2d) 837 (D.C. Cir. 1933)) atribuyeran al *escrow holder* la condición de interesado (*stakeholder*), cuando lo cierto es que el *escrowee* adopta una posición jurídica *sui generis*, que es exclusiva en el Derecho respecto de otras figuras.

⁶⁵ En tal sentido, GARRISON, Roger K., *op. cit.*, pp. 53-4, señala que ambas partes mantienen un interés en el bien en conjunto, lo cual comporta unos deberes de fidelidad entre ambas y unos derechos que merecen una protección en equidad, sin merma de la condición de tercero independiente del *escrowee*.

⁶⁶ Para superar estas limitaciones, sin embargo, ZAGAMI, Paolo, *op. cit.*, pp. 365 y 376, equipara el *escrow* puede al “trust interno”, como una suerte de especialización dentro de la creación de “patrimonios separados”.

Tampoco desde la perspectiva de la caución,⁶⁷ el negocio fiduciario de garantía, por el cual el fiduciario recibe un bien, que hará definitivamente suyo si el deudor no cumple su obligación, sirve a tal fin. Sin perjuicio de las controversias a que puede dar lugar dicha práctica respecto de la prohibición del pacto comisorio,⁶⁸ lo bien cierto es que en el contrato de *escrow* el título no pasa a manos del acreedor en concepto de garantía, sino de un tercero independiente. Tampoco la deuda es garantizada por este mecanismo, sino que queda sometida a condición o al cumplimiento de una obligación que faculte al beneficiario para finalmente recibirla en los términos fijados en el contrato de *escrow*.⁶⁹ Las diferencias entre ambas figuras, por lo tanto, parecen palmarias.⁷⁰

⁶⁷ Aquí, aun cuando la dinámica contractual es diferente, se ha de hacer mención al “seguro de caución” como forma de asegurar la imposibilidad del aceptante-tomador de atender determinadas obligaciones y de indemnizar al acreedor, que es el asegurado, los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en el contrato (vid. art. 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro). Se trata, en este caso, de una actuación del asegurador semejante a la posición que asume el avalista. También, en este marco, puede actuar como una forma de automatizar el cumplimiento, la introducción de una póliza estimada, que permita la determinación, casi indiscutible, de la suma asegurada mediante la asignación de un valor al interés asegurado (cfr. art. 28 LCS). Recientemente, *in extenso*, GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La póliza estimada. La valoración convencional de interés en los seguros de daños*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

⁶⁸ Sobre los argumentos a favor de la compatibilidad del pacto comisorio con los negocios fiduciarios de garantía, sin perjuicio de la posibilidad de negocios simulados o indirectos que persigan excluir la prohibición de tal pacto con los acreedores, TUDELA CHORDÁ, Sergio, “La prohibición del pacto comisorio en los negocios fiduciarios cum creditore”, en *Revista de derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 511-532.

⁶⁹ Estas limitaciones llevan a DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, *op. cit.*, p. 39, a considerar que, en su caso, más que de un negocio fiduciario de garantía, se trataría de un negocio fiduciario de administración, en relación a la actividad que haya de realizar la entidad financiera en la labor de comprobación, en muchas ocasiones material, de las contingencias de las que dependan el pago y su quantum.

⁷⁰ Aun cuando puede interpretarse que el transmitente o constituyente mantiene un título legal de propiedad, mientras que el beneficiario o finalista

C) DE LOS CONTRATOS DE GARANTÍA

Al igual que ocurre con la nota de la confianza, no se puede considerar que la función de garantía constituya un elemento exclusivamente caracterizador del contrato de *escrow*.⁷¹ Tal y como ha sido apuntado, desde una primera perspectiva, el contrato de *escrow* tiene un carácter instrumental del cumplimiento de las obligaciones y de los pactos alcanzados por las partes, en particular en sede de manifestaciones y garantías (*representations and warranties*). Ello sin embargo, debe ser diferenciado de los compromisos asumidos en ejecución del acuerdo, de modo que tales cláusulas pueden no conllevar en todo caso la intervención de un tercero independiente.⁷²

El contrato de *escrow* no supone un reforzamiento de una obligación principal: en el plano subjetivo el *escrow* no amplía los sujetos obligados al cumplimiento de la obligación, ni en el objetivo afecta de forma particular un bien al cumplimiento de tales obligaciones, ni concede, en su virtud, al acreedor una facul-

tiene un derecho bonitario o en equidad sobre el bien, BYRNE, Thomas M., *op. cit.*, p. 763, vuelve a remitir al carácter contingente de ambos intereses, que lleva a que la transmisión efectivamente tenga lugar cuando acaezca el evento previsto, pese a la primera entrega del título al *escrowee*; y ello aun cuando muchos Estados admitan que, toda vez que se cumpla la condición, los efectos de la transmisión definitiva, o segunda entrega, se han de retrotraer al momento de la primera entrega al *escrowee*.

⁷¹ No obstante, destaca su función de garantía, si bien condicionada, MORAIS ANTUNES, Joao Tiago, *op. cit.*, p. 219 ss., en tanto que el depositante, como eventual deudor, pierde la disponibilidad sobre la cosa, mientras que el beneficiario asume la condición de acreedor eventual, de modo que, verificada la condición, podrá reclamar la entrega al *escrowee*, y todo ello no obstante la opción, en su defecto, de reclamar a su deudor-depositante. En contra de esta posibilidad, sin embargo, DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, *op. cit.*, p. 36.

⁷² En este sentido, apunta BYRNE, Thomas M., *op. cit.*, p. 762 que sin mediar una condición debidamente especificada por la que el *escrowee* quede sujeto a una obligación de entrega no existe, como tal considerado, un contrato de *escrow*, sino un mero comodato o préstamo de uso, que obliga a la devolución del título, efecto o instrumento recibido por el prestatario.

tad preferente para obtener la satisfacción de su crédito⁷³. Antes al contrario, pese a la finalidad de aseguramiento *lato sensu* que se puede atribuir al contrato de *escrow*, el *escrow holder* no asume una responsabilidad personal por deudas, más allá de la relación obligacional que le une con las partes y del cumplimiento de sus obligaciones de diligencia y, en su caso, de custodia del instrumento.⁷⁴ Es más, tampoco el *escrowee* adquiere derecho alguno sobre el título o documento que le es entregado.

Desde un punto de vista económico, y sin perjuicio de la comisión o los honorarios reconocidos al *escrowee*, el contrato de *escrow*, al no trasladar a este último los riesgos económicos de la operación, permite reducir los costes que implica la concesión de avales por terceros para asegurar el cumplimiento de las operaciones a las que sirve de soporte.⁷⁵ De otro lado, desde la perspectiva de los derechos reales y de la naturaleza mobiliaria del objeto, no parece que la adaptación a la prenda aporte mayor claridad a la función del *escrow*, aun cuando el bien que represente el título pueda, de común acuerdo entre el deudor o acreedor, quedar en posesión de un tercero y afectarse al cumplimiento de determinadas obligaciones (vid. art. 1863 del Código civil).⁷⁶ Pero en princi-

⁷³ Para DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, (*Las relaciones obligatorias*), 6ª ed., ed. Thompson Civitas, Madrid, 2008, p. 455, cualquier garantía supone una ampliación del poder jurídico del acreedor mediante el reconocimiento de un nuevo derecho subjetivo o de una nueva facultad, según lo que reconozca cada ordenamiento jurídico, que se yuxtapone al derecho de crédito cuya satisfacción se quiere asegurar.

⁷⁴ Asimismo, LUCIANI, Aldo Marco, *op. cit.*, pp. 811 y 814.

⁷⁵ Alude así, ZAGAMI, Paolo, *op. cit.*, p. 372, a la protección bancaria y al bajo coste de la comisión pactada que, respecto del aval, entraña el *escrow* para la partes. SANGIOVANNI, Valerio, *op. cit.*, pp. 202-3, por el contrario, apunta el inconveniente de la efectiva entrega del dinero, que lleva a que quede bloqueado en una cuenta de *escrow*, de carácter indisponible.

⁷⁶ Tampoco considera CARRASCO PERERA, Ángel, “Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento”, en *Adquisiciones de empresas* (dirs. José María Álvarez Arjona/ Ángel Carrasco Perera), ed. Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 285-358, pp. 256-7, que se pueda hablar

pio, en razón de su carácter instrumental, el desplazamiento de la posesión es substituido por la entrega del título de legitimación correspondiente. Cuestión diferente será el reconocimiento de un derecho de retención a favor del *escrowee* en casos de impago de su retribución y de las facultades que pueda ejercer como legítimo tenedor del título (cfr., art. 132 del Ley de sociedades de capital en el ejercicio de la condición de socio).

En cierto sentido, en el caso del *escrow dinerario*, en el momento en el que se procede a la entrega de dinero al *escrowee* se podría hablar aquí de una *datio pro solvendo*, que generalmente tiene lugar en ejecución de otro contrato.⁷⁷ A su vez, en un momento ulterior, cuando el *escrowee* proceda a la segunda entrega en favor del beneficiario-acreedor, puede tener un efecto solutorio, siempre condicionado a los términos establecidos por la partes.⁷⁸ Con todo, para ello es necesario que la cantidad entregada, generalmente a una entidad de crédito, quede, a modo de imposición, también llamada “cuenta de garantía”, bloqueada o vinculada al cumplimiento de la obligación, la condición o la contingencia.

Esto no obsta, sin embargo, para que las partes puedan alcanzar determinados acuerdos sobre la administración de los fondos

de una prenda del dinero depositado, si bien *contrario sensu* cabe la inclusión de garantías frente las reclamaciones de los acreedores del depositario, como en el caso de contragarantías o prendas por su crédito contingente frente al depositario, si bien esta práctica comportaría costes añadidos que precisamente se pretenden evitar con el *escrow*. Al respecto, en este caso, opina ELIZARI URTASUN, Leyre, “El contrato de escrow”, *op. cit.*, p. 59, que ni comprador ni vendedor ostentan ninguna preferencia sobre el dinero depositado, que puede ser embargado por cualquier acreedor del depositario, y no existe la afectación al cumplimiento de la obligación principal propia de las garantías reales.

⁷⁷ Con referencia al artículo 1162 del Código civil y al banco como un *adiectus solutionis causa*, cuya función es recibir el pago nombre del acreedor, CARRASCO PERERA, Ángel, *op. cit.*, p. 255.

⁷⁸ DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, *op. cit.*, p. 38, destaca que en la prenda irregular la entrega del numerario tampoco se realiza como un paso intermedio para la correcta ejecución del contrato subyacente, sino como medio de imputación ligado al incumplimiento.

y las inversiones que pueda acometer la entidad de crédito.⁷⁹ En todo caso, verificada la obligación o contingencia, no será necesaria la previa reclamación al deudor y la comunicación del beneficiario irá directamente dirigida, como aceptante, al *escrowee*. Aun cuando el *escrow* pudiera verse, desde este prisma, como una garantía a primer requerimiento, se ha de tener en cuenta el carácter trilateral de la relación y la facultad del beneficiario, o también del constituyente si no se verificara la condición o transcurriera el tiempo pactado, de recibir el dinero o el título que estuviera en manos del *escrowee*.⁸⁰

D) DEL CONTRATO DE ARBITRAJE

Otro de los aspectos sobre los que incide el *escrow* es el de la función de comprobación o de verificación del *escrowee* respecto del cumplimiento de la obligación por parte del deudor o del acaecimiento de la contingencia que dé lugar a la obligación de entrega al beneficiario. En ocasiones se trata de una labor material que va más allá de la mera comprobación formal de ciertos requisitos, lo que hace que sea una cuestión sensible en el correcto cumplimiento de la labor encomendada al *escrowee*, que puede ser, por lo tanto, generadora de responsabilidades a su cargo. Por ello es frecuente la inclusión de procedimientos de comunicación entre las partes y de resolución de controversias cuando no exista conformidad acerca del cumplimiento de la condición o de la obligación previamente fijada por ambas.⁸¹

⁷⁹ También como una ventaja añadida respecto del aval bancario, CARRASCO PERERA, Ángel, *op. cit.*, p. 254.

⁸⁰ Aun y con esto, sobre el *escrow* como un equivalente a una garantía bancaria a primer requerimiento, ZAGAMI, Paolo, *op. cit.*, p. 371; y como garantía autónoma a primer requerimiento, SANGIOVANNI, Valerio, *op. cit.*, p. 203.

⁸¹ En tal sentido, se puede encontrar esta previsión en el modelo contractual en MALAK, Paul J., *op. cit.*, pp. 53-4, con referencia a la *American Arbitration Association* o a cualquier otra institución dedicada a la resolución alternativa de conflictos (*alternative dispute resolution service*).

Pero tal posibilidad tampoco debe ser confundida con la realización de una labor arbitral por el *escrowee*, aun cuando éste sea un tercero y la materia se encuentre a la libre disponibilidad de las partes (cfr., art. 2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, respecto de las materias objeto de arbitraje, en relación con el artículo 3, sobre el arbitraje internacional).⁸² Sin perjuicio de que el *escrowee* pueda ser también instituido como árbitro, merced a su profesionalidad e independencia, en cuyo caso gozará de una particular discrecionalidad en la ejecución de lo entregado, lo cierto es que esta función es diversa de la propia del *escrow*. Es más, en el contrato es habitual la designación de un tercero o de una cámara arbitral para decidir sobre las controversias a las que puedan dar lugar los distintos posicionamientos de las partes sobre la correcta ejecución contractual.⁸³

Esto tampoco impide que, por su carácter instrumental, el contrato de *escrow* pueda servir a los efectos de eventuales situaciones de secuestro convencional, como medida de aseguramiento de los bienes litigiosos (cfr., art. 1785 ss. del Código civil, en relación con los artículos 626 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil sobre los depósitos y los depositarios judiciales).⁸⁴ Pero el carácter contractual de esta relación trimembre, en princi-

⁸² Asimismo, ELIZARI URTASUN, Leyre, “El contrato de escrow”, *op. cit.*, p. 56-7, para quien no queda del todo claro si el *escrowee* se ha de ceñir exclusivamente a la verificación del cumplimiento contractual, o ha de realizar alguna actividad más, como se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014 (núm. 613/2014); ahora bien, de seguido, considera aconsejable el pacto expreso por el que, ante la insuficiencia de instrucciones, el *escrowee* deba requerir nuevas instrucciones de las partes, de modo que no pueda actuar a su arbitrio.

⁸³ Añade también la posibilidad de una resolución judicial en tal sentido, a falta de pacto compromisorio de sometimiento a arbitraje, SANGIOVANNI, Valerio, *op. cit.*, p. 204.

⁸⁴ Sobre el particular, ZAGAMI, Paolo, *op. cit.*, p. 374; y ya antes, ASCOLI, A., “Effetti dell’appropriazione del prezzo depositato da parte del depositario nella vendita”, en *Rivista di Diritto Civile* 1938, p. 297 ss. También encuentra una cierta analogía, ELIZARI URTASUN, Leyre, “El contrato de escrow”, *op. cit.*, p. 54.

pio, no requiere la intervención de autoridad judicial alguna, ni de controversia sometida a ella, por lo que conviene, nuevamente, no confundir los términos de la relación. Es más, también puede ser que su ejecución no requiera verificación alguna, como cuando, verbigracia, transcurra el plazo establecido para el cumplimiento de la obligación o de la condición, en cuyo caso el *escrowee* estará obligado, a falta de notificación, a devolver el instrumento o el dinero al constituyente.

En tal sentido, se debe prestar particular atención a la entrega de los documentos que sirvan para probar el cumplimiento de la obligación o la realización del acto que autorice la entrega, sea con intervención de las partes, dentro de las reglas de comunicación previstas en el contrato, o de terceros autorizados para acreditarlo (vgr., auditores de cuentas). Desde este punto de vista se vuelve a reflejar el carácter documentario que rige en todo el desarrollo del contrato de *escrow* hasta su completa ejecución, en sus diferentes variantes.⁸⁵ Quizá una referencia al funcionamiento del crédito documentario, no obstante sus notables diferencias con el *escrow*, sirva para una mejor comprensión al funcionamiento material de la intermediación que el *escrowee* ha de realizar a estos efectos.⁸⁶

⁸⁵ Con remisión al *escrow* dinerario, DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, *op. cit.*, p. 38, alude a la labor de control de pasivos y a la inspección de activos o mercaderías, y separa esta cuestión de la cláusula de intervención de un árbitro designado para decidir sobre el asunto, como forma de constatación, entre otros, de pasivos ocultos, juicios pendientes u otras deficiencias respecto de la información documentada.

⁸⁶ Tal es así respecto de los documentos, como el conocimiento de embarque, en el caso de la transmisión de bienes, o las certificaciones de calidad de entidades independientes, o del auto de apertura de la liquidación concursal del constituyente en el *escrow* informático. Así, también con Carrasco Perera, en nuestra obra *El contrato de compraventa de empresa*, *op. cit.*, p. 628, se hacía referencia a que, entre las distintas funciones de garantía y obligaciones del *escrowee*, de forma semejante a la función del banco intermediario en los créditos documentarios, resultaba la conveniencia de inclusión de una cláusula de irresponsabilidad del banco depositario cuando cumpla los términos del contrato a través de simples consideraciones documentarias, sin necesidad de atender a

IV. NATURALEZA JURÍDICA

A) LA ATÍPICIDAD DE LA FIGURA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Hasta ahora la referencia continuada al término anglosajón *escrow* (como desarrollo del término *scroll*, del francés *escroe*, o del medieval *escrit*) no hace más que evidenciar que se trata de un contrato innominado en nuestro Derecho.⁸⁷ Pero, al mismo tiempo, ya se ha hecho mención de las diferencias que lo distinguen de otros contratos, como el de mandato o comisión mercantil, los negocios fiduciarios, incluso en la figura institucionalizada del *trust*, las relaciones de garantía y los pactos compromisorios, todo ello sin perjuicio de las notas que les son comunes.

Con independencia del *nomen iuris* empleado, la causa negocial y el contenido material del negocio en cuestión han de permitir una aproximación a la calificación jurídica del contrato. Pero en el *escrow*, como contrato atípico, concurren diferentes notas que también se hallan presentes en otros contratos, sin que ninguno de ellos permita colmar su complejidad ni la aspiración conjunta de las partes. Esto tampoco impide que, dentro de la libertad de pactos lícitos, puedan éstas acudir a otros esquemas negociales propios del Derecho comparado. Así ocurre, como se acaba de indicar, respecto de este contrato de *escrow*, que ha de mantener tal denominación, al menos, en el marco de la contratación internacional. Como un contrato mixto, en él pueden concurrir elementos de diferentes contratos de colaboración o intermediación entre las distintas partes implicadas. Pero es más bien su in-

otras consideraciones de corte material. Con todo, señala ZAGAMI, Paolo, *op. cit.*, p. 372, que mientras el crédito documentario mantiene el rigor y formalismo de la conformidad de los documentos, en el *escrow* todavía la dependencia de la relación principal permite que se hayan tener en cuenta las obligaciones derivadas del contrato.

⁸⁷ También, en el Derecho italiano, SANGIOVANNI, Valerio, *op. cit.*, pp. 195-6.

serción en un marco contractual más amplio, en relación, entre otros aspectos, con su objeto o formación, lo que requiere buscar un ligamen funcional desde su vertiente instrumental de todo el conjunto negocial del que forma parte, no obstante su autonomía del resto de elementos.

Con todo, la seguridad jurídica requiere que la aludida atipicidad negocial trate de ser superada, en la medida de lo posible, a través de constructos dogmáticos que asienten la figura en el sistema jurídico de acogida. A su vez, la atipicidad, desde un prisma jurídico, como concepto relativo, puede ser integrada a través de una consolidación de su uso y del reconocimiento legal de la figura contractual como una realidad separada de otros mecanismos negociales típicos utilizados por las partes. Ciertamente el carácter triangular del *escrow* dificulta esta labor; sin embargo, la participación de tres sujetos diferentes, con posiciones también diversas, no nos es ajena –buen ejemplo es el referido crédito documentario o el arrendamiento financiero–. Pero, en todo caso, en toda esta labor de captación de la figura, resulta apropiado comprender las limitaciones con las que se encuentra la jurisprudencia, en la aplicación del derecho al caso concreto, para tratar de encajarla dentro de nuestros esquemas conceptuales tradicionales, y todo ello, sin merma de las reglas generales de las obligaciones y contratos que merecen, en todo caso, el debido respeto.⁸⁸

⁸⁸ Este es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014 (núm. 613/2014). Ya la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª, núm. 465/2012) de 9 octubre de 2012), en su Fundamento de Derecho sexto, advirtió que *“la existencia de notas propias de este tipo de contrato y que, por tanto, deben ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar la intención de las partes y determinar su alcance y contenido. Es cierto que la figura del tercero, tal como se contempla en la tradicional figura del escrow anglosajón, no existe en el caso presente, pero nada impide que las partes, en uso de su libertad de contratación, acuerden, como ocurre en el caso presente, prescindir de ese tercero y determinar directamente, sin dicha intervención, cuál será el destino de lo entregado, en función de que se acredite el cumplimiento de las circunstancias que también señalan; situación que posiblemente encuentre su explicación en el caso presente, teniendo en cuenta que las partes del contrato son dos entidades financieras, que son quienes, en la práctica habitual de estas operaciones, se consti-*

B) UNA ADAPTACIÓN A TRAVÉS DEL CONTRATO DE DEPÓSITO

El “depósito documental”

Conviene, por lo tanto, volver a los orígenes para tomar como referente al contrato de depósito, en relación con la entrega instrumental del título en el que se basa.⁸⁹ De este modo la consideración del *escrow holder* es incluida dentro de la posición jurídica del depositario y la entrega como un elemento esencial del contrato de *escrow*. Ahora bien, en el contrato de depósito, conforme con nuestros esquemas negociales clásicos, el depositario tiene una obligación de conservación del bien depositado y de su devolución al depositante en el tiempo y forma pactado (vid. art. 1758 del Código civil y art. 306 del Código de comercio). Pero tampoco se puede concluir que ésta sea una realidad ajena a nuestro Derecho de contratos. Ya el artículo 1763 de nuestro Código civil, al

tuyen en terceros”. La falta de *escrowee* lleva al Tribunal Supremo, en el apartado sexto de su fundamento de Derecho segundo a concluir, acertadamente, que en el caso enjuiciado “*los aspectos orgánicos que disciplinan la eficacia del complejo negocial resultan ajenos a la naturaleza y función del contrato de escrow, debiéndose inferir de la propia reglamentación contractual que las partes han articulado realmente para el logro del propósito negocial perseguido, con independencia de las referencias, más o menos extensas, que la reglamentación contenga en relación al contrato de escrow*”, y pese a reconducir en el apartado cuarto “*desde esta tipicidad básica o nuclear la fuente informadora, y también de integración supletoria de esta figura atípica,...* en el contrato de mandato” postura que no se puede *sic et simpliciter* compartir, la falta del *escrowee* obliga al Tribunal a concluir, en el apartado séptimo, que “*la referencia del clausulado, del meritado contrato de compraventa, a la suma entregada como “escrow” no determina su correcta calificación conforme a la tipicidad básica examinada y a la naturaleza y contenido que principalmente informa al complejo negocial celebrado, pues atendidos estos últimos la realidad del título jurídico que justifica dicha entrega no es otro, tal y como en este punto alega la parte recurrente, que la entrega de una suma en concepto de “señal” o “arras” que revela, por un lado, la perfección o eficacia del complejo negocial proyectado y por el otro, su finalidad penitencial*”.

⁸⁹ Ya alude a los conceptos de *depositor* y *depository*, BRISTOW, A. S. H., *op. cit.*, pp. 334 y 336 y 344 ss., si bien reserva a la otra parte la condición de *grantee* o *obligee*.

regular el depósito voluntario, admite dos modalidades: en la más tradicional o común, el depositante, mediando su exclusiva voluntad, es el que realiza la entrega. Pero a continuación el apartado segundo de este artículo también considera voluntario el depósito realizado “por dos o más personas, que se crean con derecho a la cosa depositada, en un tercero, que hará la entrega en su caso a la que corresponda”.⁹⁰

⁹⁰ Sin embargo, en otras jurisdicciones ha sido tratado como un depósito especial, sometido a diferentes denominaciones. Así en el Derecho italiano es frecuente la remisión al concepto “Deposito in funzione di garanzia o adempimento”, o del “deposito nell’interesse d’un terzo”, a la luz del artículo 1773 de su *Codice civile* sobre el “terzo interessato nel deposito”. En un primer momento, fue la Sentencia de la Corte de Casación italiana de 15 de enero de 1937, en el caso *Cavallini contra Galassi*, ante un depósito notarial del precio de una compraventa efectuado por el representante de un menor condicionado a la autorización judicial de la compraventa, la que dio lugar a la caracterización del contrato como un “deposito in funzione di garanzia”; vide NICOLÒ, Rosario, “Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario”, en *Il Foro Italiano* 1937, I, p. 1475-1482, si bien su postura en torno a la asunción de riesgos, como un depósito irregular, fue criticada un año después por BIGIAVI, Walter, “Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario”, en *Il Foro Italiano*, 1938, I, p. 260-263, en línea con SANTORO-PASSARELLI, Francesco, “Deposito in luogo di adempimento”, en *Il Foro della Lombardia*, 1938, p. 97 ss., y VIVANTE, Cesare, “Deposito in funzione di garanzia ed inadempimento del depositario”, *Giurisprudenza Italiana*, 1938, I, pp. 402 ss.; y más tarde por LUPOLI, Maurizio, “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito a favore o nell’interesse di un terzo”, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1970, I, p. 441-466, p. 462. También puede verse como un “deposito nell’interesse d’un terzo”, a raíz de la sentencia de 10 de marzo de 1939 en el caso *Notario Alberto Pompili contra Società immobiliare Urbe*, en NICOLÒ, Rosario, “Deposito e contratto a favore di terzo”, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1939, II, pp. 451 ss., postura criticada por GIORGIANNI, Francesco, “Depositi bancari anormali a vantaggio di un terzo”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1970, I, pp. 10-30, p. 25, por la bilateralidad de la ventaja que este depósito bancario proporciona a la partes, así como por su atribución patrimonial. Con base en los anteriores referentes y tomando como antecedente el “depósito en garantía” de la Ley 474 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, que permite que “cuando el depósito se haga en poder de un tercero, éste quedará obligado a entregarlo al acreedor o a restituirlo al depositante, según corresponda conforme a lo pactado” y la Ley 552, que regula

La última posibilidad apuntada es la que mejor se adapta al contrato de *escrow*, toda vez que corresponde al depositario (*escrow holder*) la entrega del título cuando se cumplan las prestaciones a las que se obligó el deudor o se dé la condición o contingencia prevista contractualmente. En tal sentido se puede hablar en unos casos de obligación condicional del *escrowee* o “depositario documentario”, mientras que en otras surge una obligación alternativa de entrega o restitución.⁹¹ A su vez, la intervención de ambas partes en el contrato excluye que se trate de un contrato en favor de tercero, entendido éste como el eventual beneficiario.⁹²

La primera entrega, esto es, del depositante al depositario, constituye el elemento esencial del contrato (cfr., art. 1758 del Código civil y 305 del Código de comercio). En el plano subjetivo, no ya formal, la presencia de un profesional independiente de las partes aproxima este contrato al ámbito mercantil, sin perjuicio de su ubicación en el marco de los contratos bancarios cuando el depositario sea una entidad financiera, lo cual justifica su preminente carácter retribuido (véase el principio gratuidad del depósito civil en el artículo 1760 del Código civil, aun cuando el depositario tiene un derecho al reembolso de los gastos en los que incurra, tal y como prevé el artículo 1779, y confróntese con el principio contrario, favorable a la retribución, fijado por el artículo 304 del Código de comercio).⁹³

el “depósito en interés de tercero” en el que “el depositario no podrá devolver la cosa al depositante sin el consentimiento del tercero interesado”, ELIZARI URTASUN, Leyre, *Contrato de depósito y nuevas formas de garantía. Depósitos a favor de tercero y en interés de tercero*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, *passim*.

⁹¹ Para MORAIS ANTUNES, Joao Tiago, *op. cit.*, p. 81, se trata, en suma, de un depósito a favor de sujeto alternativamente determinado.

⁹² También considera CARRASCO PERERA, Ángel, *op. cit.*, p. 354, que el *escrow* no supone un depósito por cuenta del acreedor. Igualmente, en contra de esta calificación, ELIZARI URTASUN, Leyre, “El contrato de *escrow*”, *op. cit.*, p. 54.

⁹³ A la luz del artículo 1767 del *Codice civile* italiano y de la naturaleza profesional del depositario, en el mismo sentido, SANGIOVANNI, Valerio, *op. cit.*, p. 203.

En este ámbito de disociación o complementariedad de las normas civiles y mercantiles, a falta de una unificación del Derecho privado español en sede de obligaciones y contratos, algunos elementos añadidos permiten la adaptación del *escrow* a las estructuras típicas del depósito. Junto con la primera entrega, la segunda no necesariamente ha de ser entendida como devolución al depositante, y así lo prevé el artículo 1766 del Código civil cuando autoriza que la restitución pueda ser realizada “al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato”. Es más, la facultad que el artículo 1775 del Código civil reconoce al depositante para recuperar la cosa en cualquier momento, es excepcionada cuando se haya notificado al depositario la oposición de un tercero a la restitución o traslación de la cosa depositada.

Las opciones normativas anteriores permiten un mejor encaje del *escrow* dentro del marco normativo del contrato de depósito, no obstante la distinta tradición de ambas figuras. En todo caso caracteriza a este contrato, que bien se podría denominar por ello como “depósito documentario”, postura por cuya consolidación aquí se aboga, la entrega del instrumento representativo de un derecho sobre un determinado bien o incluso de ciertas informaciones relevantes.⁹⁴ Ciertamente esta nota acerca la figura al marco

⁹⁴ No obstante las referencias en otros ordenamientos próximos a nuestro Derecho común al “depósito de garantía” -también en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de febrero de 2016 (núm. 71)-, y toda vez que queda excluido que el depósito sea constituido en favor de tercero ni en interés exclusivo de éste, no parece conveniente mantener tal calificación, que podría ser confundida con otros derechos prendarios que podrían tener las partes sobre el crédito contingente resultante del depósito. Así sobre su distinción de la prenda irregular, DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, *op. cit.*, p. 40. Parece oportuno traer aquí la reflexión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014 (núm. 613) cuando, con atención en la literalidad del acuerdo, concluye: “*si en el presente caso procede reconocer una cierta aplicación básica del contrato de escrow no es porque dicha figura opere con una función de mera distribución o asignación de riesgos (supuesto del “riesgo político” o “riesgo país” del presente caso), extremo más propio del contenido y naturaleza contractual que refiera de modo principal el complejo negocial y, en su caso, extremo que*

de los depósitos cerrados a los que se refieren los artículos 1769 del Código civil y en particular a los depósitos “de títulos, valores, efectos o documentos” que toma como objeto el artículo 308 del Código de comercio, y que, en su caso, pueden exigir cierta labor de gestión y administración por parte del depositario.⁹⁵ Por lo tanto no se trata de una realidad tan alejada de nuestro depósito tradicional como pudiera en principio parecer. A mayor abundamiento, el enfoque dado se puede completar con las normas del mandato, tal y como prevé con carácter general, el artículo 309 del Código de comercio, respecto de las “reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito las partes hubieren celebrado”.⁹⁶

podía ser contemplado en las instrucciones y circunstancias objeto de verificación; ni tampoco porque su función, fuera de su caracterización general al servicio de un aseguramiento del cumplimiento contractual, se reconduzca abstractamente a regular o determinar “el destino de la cantidad entregada” (cuenta escrow) conforme al cumplimiento o comprobación de una determinada contingencia o circunstancias previamente señaladas, pues la cantidad así entregada, sin una calificación propia y diferenciada, carece de relevancia a efectos de la tipicidad contractual de la figura que resulta subsumida en la propia condicionalidad, aleatoriedad o programación de circunstancias y hechos prevista en el complejo negocial”. Es más, cuando la Ley 474 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra alude al el “depósito en garantía” lo hace “para garantía del cumplimiento de una obligación” y “a favor del acreedor”, quien “adquiere la propiedad de las cosas depositadas en su poder con obligación de restituirlas al depositante, si procediere, conforme a lo establecido en el contrato”, figura más próxima a la fiducia de garantía que al supuesto aquí contemplado.

⁹⁵ También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 3 de febrero de 2015 (núm. 27) remite a la figura del *Escrow and Title Agent*.

⁹⁶ Quizá un buen exponente de lo que se acaba de indicar pueda ser el contrato de gestión de carteras de inversión (vid. art. 138 ss. del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, respecto de las empresa de servicios de inversión). Del depósito de títulos valor negociables, como un depósito regular en el que el depositante no pierde la titularidad, no obstante ser administrado y retribuido, se pasa a la administración de anotaciones en cuenta como un contrato de comisión en el que la anotaciones no pueden ser, en sí mismas objeto

A) Caracterización del escrow financiero como depósito irregular *sui generis*

En origen el *escrow* es concebido como un depósito regular en sobre cerrado (*sealed*), si bien sin que fuera necesaria la entrega material del bien y sin perjuicio por parte del depositario o de un tercero de la constatación de su contenido y de la regularidad del título. Pese a la reticencias a la admisión de títulos valores (*bills of exchange and promisor y notes*) y de dinero como objeto del *escrow*, finalmente se impuso esta visión amplia en atención a la flexibilidad de la figura para acoger otros instrumentos representativos de valor⁹⁷. Pero ello a su vez exige una adaptación del *escrow* o “depósito documentario”, dentro de nuestra clasificación jurídica de los contratos, a la figura del depósito irregular sobre bienes fungibles no especificados, en particular en las operaciones financieras, donde la obligación de entrega de la cosa quede sustituida por la devolución del *tantundem eiusdem generis*; y, en concreto, en el *escrow* dinerario, que se configura como un depósito abierto *sui generis*, sujeto a los pactos entre las partes y las reglas de prelación de normas que marca el artículo 310 del Código de

de depósito, y de gestión de carteras de inversión. En este último caso, la gestión de activos financieros parece impregnarse en mayor medida de las reglas que rigen la comisión mercantil, si bien sometidas al régimen del mercado de valores (*vgr.*, en relación con la información a dispensar a clientes minoristas, en el art. 214 del Texto refundido). Por ello, en el caso del *escrow* con la función del depositario de administrar valores mobiliarios en tanto no tenga lugar el evento pactado, que MORAIS ANTUNES, Joao Tiago, *op. cit.*, p. 275 ss., se refiera a un contrato mixto de depósito y de mandato. En todo caso, la función encomendada las entidades encargadas del registro contable, frente a las gestoras de activos financieros, puede quedar mejor incardinada, si bien con relevantes limitaciones, dentro del marco del contrato general de depósito (cfr. art. 8, 9 y 97 ss. TRLMV respecto del “depositario central de valores” y art. 14 respecto de los certificados de legitimación).

⁹⁷ Acerca de esta cuestión, en el siglo diecinueve, BRISTOW, A. S. H., *op. cit.*, p. 339.

comercio para los “depósitos bancarios”.⁹⁸

Ciertamente en el contrato de depósito documentario la disponibilidad de los fondos se somete a las resultas de las eventuales reclamaciones habidas entre las partes, dentro de los plazos señalados en el contrato y tras las resoluciones que, derivadas del sometimiento a la decisión de terceros, decidan el destino de tales cantidades. En consecuencia, la obligación de pago del banco intermediario u otro depositario al beneficiario o “a la persona que hubiese sido designada en el contrato” queda comprometida exclusivamente por los pactos contractuales y, en su caso, al cumplimiento de las garantías en los plazos correspondientes. Por otra parte, parece que los pactos alcanzados entre las partes, y aceptados por el depositario, generalmente una entidad financiera, puedan ser modificados previo acuerdo de aquéllas⁹⁹. Con todo,

⁹⁸ Sobre su incuestionable naturaleza como depósito irregular, CARRASCO PERERA, Ángel, *op. cit.*, p. 355. Ahora bien, sobre las dudas que genera la calificación del depósito como irregular cuando el depositario no es una entidad de crédito, sino un notario, FUSARO, Andrea, “La clausola di escrow account”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 9/2015, apartado 11.

⁹⁹ Sobre esta posibilidad, DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, *op. cit.*, p. 36. La confirma la Sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 6 de febrero de 2013, (núm. 57) puesto que, en la constitución de un *escrow account* con la Entidad Bancaria BSCH, “No siendo dable el exigir a dicha parte que hubiera rescatado el Fondo, dado que como ya se hecho constar con anterioridad, solo se podía operar en dicho Fondo, mediante la actuación conjunta y escrita de ambas partes. Ha de rechazarse también la imputada responsabilidad in eligendo, dado que no se constata en autos prueba alguna de la base que en primer lugar sustentaría la misma, cual es que la Compradora impusiera la constitución del Fondo en una determinada forma y en un Banco en concreto. Puesto que muy al contrario, de los documentos aportados, se evidencia el acuerdo en dichas cuestiones de ambas partes suscribientes, en relación a todas las circunstancias del Fondo, que ahora se cuestionan por la recurrente. En consecuencia, debe reiterarse la falta de responsabilidad de la parte demandada en la minusvalía habida en el Fondo constituido, ya que además de las razones expuestas, habría de estimarse, que desde el momento de su constitución, la Compradora habría ya cumplido pago de la cantidad pactada contractualmente, y que en modo alguno se ligó en el contrato suscrito, al resultado del Depósito constituido”.

en esta relación trimembre cabría preguntarse si sería también necesario el consentimiento de la entidad financiera cuando esto afecte al cumplimiento de su actividad, como en el caso de las funciones asignadas de administración del depósito, o a la relación particular entre la entidad y las partes.

No se puede negar, por lo tanto, que la admisión del *escrow* financiero desnaturaliza en cierta medida el carácter documentario del contrato, al menos desde nuestra dogmática tradicional. Ello no es óbice, sin embargo, para admitir que la flexibilidad de la figura y su funcionalidad puedan servir a diferentes ámbitos de la contratación. Así las cosas, no se trata tanto de cambiar la dinámica de esta relación trimembre, sino de adaptarla al objeto, esto es, al dinero como unidad de cuenta, susceptible, por lo tanto, de ser objeto de depósito de valor en sentido amplio. Desde esta perspectiva y aun cuando la inmaterialización va ganando terreno en el marco de la contratación contemporánea como consecuencia de la evolución tecnológica, no se puede desdeñar el carácter documentario del dinero, o “signo que lo represente”, como manifestación de esta tipología contractual.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Bien se puede decir que el contrato de depósito no agota, en sí mismo, la delimitación del contrato de *escrow*. No obstante, como ya se ha apuntado, nuestro régimen jurídico dispone de unos márgenes suficientemente amplios para la adaptación a la figura a los esquemas normativos existentes. Otro aspecto crucial en orden a su consolidación en nuestro ordenamiento, en atención a su particular naturaleza jurídica, será el *nomen* dado por las partes. Desde consideraciones diversas se ha puesto el acento en la sujeción del *escrowee* a las instrucciones de las partes, con remisión a los contratos de agencia o comisión, a los negocios de confianza y garantía, por la intervención del tercero como refuerzo del cum-

plimiento de obligaciones, o, incluso, al convenio arbitral, según la discrecionalidad que le sea concedida para decidir el correcto destino del título o del instrumento. Con todo, a fin de no desdibujar la figura, seguramente sea el contrato de depósito al que se deba remitir, con carácter general, su adecuación a nuestro sistema jurídico.

Por otra parte, la referencia al “depósito documentario” permite mantener su original adscripción al fenómeno que le dio origen, al paso que no nos es extraña por la referencia en los últimos tiempos, también en el ámbito de la contratación internacional, al crédito documentario, sobre todo si queda configurado como una orden de carácter irrevocable. Aun cuando aquí, como es obvio, no se trata de la concesión, ni siquiera de la cesión, de un crédito, otros elementos como la comisión por la prestación del servicio y la condicionalidad y automatismo u objetivación de esta relación a tres bandas permiten una mejor aproximación a la figura que la que prestan otras perspectivas. Aun así conviene apreciar que este contrato no puede existir, en el plano subjetivo, sin la intervención de tres partes, depositante, depositario y eventual beneficiario, y de ahí su entendimiento como “depósito a favor de sujeto alternativamente determinado”. De otro lado, en su perfil el material, tampoco puede ser correctamente entendido sin la existencia de una contingencia u obligación contractualmente prevista, lo cual permite también su configuración como “depósito sometido a contingencia o condicionado”, elemento caracterizador que sirve, igualmente, para distinguirlo de otras figuras afines.