

LUIS HERNANDO CEBRIÁ

EL *ESCROW*
Y LAS CUENTAS
BLOQUEADAS EN GARANTÍA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2020

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	11
PRESENTACIÓN	13
CAPÍTULO I. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DEL <i>ESCROW</i>	19
I. INTRODUCCIÓN. APROXIMACIÓN A LA FIGURA	19
II. CONCEPTO, FUNCIÓN ECONÓMICA Y NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE <i>ESCROW</i>	22
1. Concepto	22
2. Función económica	24
3. Notas características	26
A) Contrato instrumental y autónomo	26
B) Irrevocabilidad y control sobre el objeto del <i>escrow</i> : la independencia del tercero	30
C) Condicionalidad y automatismo u objetivación: carácter documental del contrato	31
III. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES	34
1. Del contrato de mandato y de comisión mercantil: las relaciones de agencia	34
2. Del contrato de fiducia de garantía: el trust	37
3. De los contratos de garantía	41
4. Del contrato de sometimiento a arbitraje	43
IV. NATURALEZA JURÍDICA	46
1. La atipicidad de la figura en el Derecho español	46
2. Una adaptación a través del contrato de depósito	48
A) El «depósito documentario»	48

	Pág.
B) Distinción de otros contratos de depósito en función de garantía: los depósitos en interés y a favor de terceros y de sujeto alternativamente determinado	51
CAPÍTULO II. CONFIGURACIÓN TIPOLOGICA DE <i>ESCROW</i> EN LA FENOMENOLOGÍA DE LA CONTRATACIÓN	55
I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: LAS PRESTACIONES CONTINGENTES EN EL CONTRATO PRINCIPAL COMO FUNDAMENTO DEL <i>ESCROW</i>	55
II. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LOS ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO DE <i>ESCROW</i>	58
1. Relaciones entre el constituyente del <i>escrow</i> y el eventual beneficiario.....	58
2. El <i>escrow</i> holder. Capacidad e identidad y disgregación de sujetos...	59
III. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL CONTRATO DE <i>ESCROW</i>	65
1. Del título de legitimación como objeto del <i>escrow</i> al <i>escrow</i> de información	65
2. La información confidencial	68
IV. LA CAUSA Y LA FORMA DEL <i>ESCROW</i> : LA POLIVALENCIA FUNCIONAL DEL CONTRATO DE <i>ESCROW</i>	69
1. Consideraciones previas.....	69
2. La forma del contrato de <i>escrow</i>	71
3. La condición como elemento esencial del contrato de <i>escrow</i> : expectativas de derechos y expectativas de obligaciones para las partes...	72
V. LA FENOMENOLOGÍA DEL <i>ESCROW</i>	75
1. El origen del contrato de <i>escrow</i> en los contratos inmobiliarios.....	75
2. El <i>escrow</i> y el Derecho hereditario.....	79
3. El <i>escrow</i> de información	81
4. El <i>escrow</i> y la transferencia de tecnología	84
A) Previsión de contingencias contables en los activos inmateriales.....	84
B) El <i>escrow</i> en la transferencia de tecnología.....	85
5. El <i>escrow</i> y las iniciativas gubernamentales para el depósito de sistemas de encriptado.....	88
6. El contrato de <i>escrow</i> tecnológico de código fuente	89
7. El <i>escrow</i> y el Derecho de sociedades.....	92
A) Consideraciones previas. El depósito de las actas de los órganos sociales	92
B) Operaciones sobre acciones y participaciones sociales	93
C) La documentación de las acciones y su incidencia en el <i>escrow</i>	95

	Pág.
D) El <i>escrow</i> de participaciones sociales.....	98
E) El <i>escrow</i> en operaciones de financiación de la sociedad	100
F) El <i>escrow</i> dentro de los grupos de sociedades.....	103
CAPÍTULO III. CUENTAS BLOQUEADAS EN GARANTÍA.....	107
I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	107
II. LA CUENTA DE <i>ESCROW</i> : LAS CUENTAS BLOQUEADAS EN GARANTÍA.....	109
1. La evolución de la figura.....	109
2. Recepción por el Derecho europeo.....	112
3. Figuras afines en nuestro sistema jurídico.....	116
III. NATURALEZA JURÍDICA: CARACTERIZACIÓN DEL <i>ESCROW</i> FINANCIERO COMO DEPÓSITO <i>SUI GENERIS</i>	118
IV. LA FENOMENOLOGÍA DE LAS CUENTAS BLOQUEADAS EN GARANTÍA.....	123
1. El <i>escrow</i> vinculado a los préstamos hipotecarios	123
2. El <i>escrow</i> en los contratos de arrendamiento	126
A) El <i>escrow</i> en los contratos de compraventa de cosa futura: especial referencia a la compraventa de un inmueble en construcción.....	126
B) Contrato de obra: especial referencia al contrato de instalación industrial.....	130
C) El <i>escrow</i> en los arrendamientos financieros y operativos: especial referencia a los arrendamientos urbanos.....	135
3. El <i>escrow</i> y la explotación de derechos de la propiedad intelectual: la Ley del «hijo de Sam».....	139
4. El <i>escrow</i> y el secuestro convencional	140
5. El <i>escrow</i> en el comercio de compensación (<i>countertrade</i>).....	141
6. El contrato de <i>escrow</i> en los servicios de pago.....	144
A) El <i>escrow</i> en el marco de las reglas de la lucha contra la morosidad.....	144
B) Las cuentas bloqueadas en garantía y los servicios de pago...	146
C) Las cuentas bloqueadas en garantía en la inversión público-privada y en los créditos a la exportación con apoyo oficial...	148
7. Las cuentas bloqueadas en garantía y las contingencias para planes de pensiones y otras prestaciones laborales.....	151
8. El contrato de <i>escrow</i> en la contratación electrónica	153
A) Compraventas en línea y contenidos digitales. El estado de la cuestión en el marco del Derecho de contratos europeo.....	153
B) La utilización del <i>escrow</i> en el comercio electrónico.....	158
9. El <i>escrow</i> y la financiación participativa (<i>crowdfunding</i>).....	161
10. El <i>escrow</i> en el marco de la transmisión de la empresa.....	166

	Pág.
A) Prestaciones contingentes en las combinaciones de negocios...	166
B) El <i>escrow</i> en las adquisiciones de empresas.....	170
CAPÍTULO IV. CONTENIDO DEL CONTRATO: OBLIGACIONES DE LAS PARTES	177
I. OBLIGACIONES DE LAS PARTES.....	177
1. La entrega del constituyente al depositario.....	177
2. La retribución del depósito.....	181
3. Deberes de no obstaculización y de colaboración de las partes.....	185
II. OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO.....	187
1. Obligación de custodia.....	187
A) Consideraciones generales.....	187
B) Obligación de custodia y obligaciones de guarda y conservación: la administración de bienes y fondos.....	190
C) Intervención de terceros en la gestión patrimonial.....	192
2. Obligaciones de diligencia y confidencialidad.....	196
3. Obligación de segunda entrega o devolución.....	199
A) La segunda entrega. Consideraciones generales.....	199
B) Cumplimiento de la condición o incumplimiento de la obligación y la «segunda entrega»: Sistemas contractuales de comunicación del beneficiario, de oposición del constituyente, de comprobación del depositario y de resolución de conflictos...	202
4. Efectos de la segunda entrega.....	207
III. DEVOLUCIÓN Y OTRAS CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL <i>ESCROW</i>	210
IV. LA RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO.....	213
1. La responsabilidad derivada de la obligación de entrega.....	213
2. Responsabilidad por falta o incorrecta ejecución de las instrucciones recibidas y en la revisión de los documentos.....	216
3. Incumplimientos de los deberes de custodia y de diligencia.....	217
4. Responsabilidad por uso indebido y la «teoría de la conversión»..	219
5. Los pactos de exclusión de la responsabilidad del depositario del <i>escrow</i>	222
V. ASUNCIÓN DE RIESGOS POR LA PÉRDIDA DEL OBJETO DEL <i>ESCROW</i> O POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEPOSITARIO.....	227
CAPÍTULO V. INCIDENCIA DEL <i>ESCROW</i> EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL	231
I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	231
II. CRITERIOS DE EXCLUSIÓN DEL <i>ESCROW</i> DEL CONCURSO DE ACREEDORES.....	234

	Pág.
III. EL DERECHO CONTINGENTE DEL BENEFICIARIO: LOS DERECHOS DEL DEUDOR RESPECTO DEL <i>ESCROW</i> EN LA CONFIGURACIÓN DE LA MASA ACTIVA	237
IV. RECONOCIMIENTO DEL CRÉDITO CONTINGENTE COMO REFLEJO DEL DERECHO DEL DEUDOR CONCURSADO	241
V. ACCIONES RESCISORIAS DEL <i>ESCROW</i>	244
VI. EL <i>ESCROW</i> SUJETO AL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN DE LA PARTE CONCURSADA	248
VII. EFECTOS DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN A FAVOR DEL BENEFICIARIO O DEL CONSTITUYENTE DEUDOR	251
VIII. EL <i>ESCROW</i> EN LA SOLUCIÓN DEL CONCURSO	254
IX. LA INSOLVENCIA DEL DEUDOR COMO CONDICIÓN DEL <i>ESCROW</i>	258
1. Su relevancia como condición en los <i>escrows</i> de información	258
2. El <i>escrow</i> como ayuda pública ante la insolvencia de la entidad ...	261
X. LA INSOLVENCIA DEL DEPOSITARIO DEL <i>ESCROW</i>	263
CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS	267
BIBLIOGRAFÍA	283
ANEXO DOCUMENTAL	297
I. CONSIDERACIONES PREVIAS	297
II. MODELOS CONTRACTUALES	298
1. Modelo de <i>escrow</i> inmobiliario	298
2. Modelo de <i>escrow</i> en garantía bancaria	310
3. Modelo de <i>escrow</i> en las garantías de pago	311
4. Modelo de <i>escrow</i> en contratos de arrendamiento	314
5. Modelo de <i>escrow</i> informático	327
6. Modelo de <i>escrow</i> en la transmisión de empresa	337
7. Modelo de <i>escrow</i> sobre acciones	344
III. LISTADO DE CONTINGENCIAS	352

PRESENTACIÓN

Quisiera comenzar estas líneas agradeciendo al D. Juan Pablo Liévano Vegalara, Superintendente de Sociedades de Colombia, su reciente invitación para participar como panelista en el Foro académico sobre «Instituciones jurídicas en el siglo XXI para contar con empresas competitivas, productivas y perdurables» en el marco de la celebración de los ochenta años de la entidad. Conviene también destacar, de esta experiencia compartida, los estrechos lazos, personales y culturales, que unen a España y Latinoamérica. Como dijera el insigne maestro Girón, cada vez resulta más necesaria «la colaboración con compañeros a los que estamos unidos por un vínculo que la historia misma ha labrado entre nosotros».

La herencia jurídica mantenida por los países de Latinoamérica, manifestada en muchas de sus instituciones, como acontece en la familia de ordenamientos que engloba el *common law*, permite conocer el tronco común de nuestro Derecho mercantil, de tradición compartida. Pero, al mismo tiempo, se ha de advertir, dentro de las tendencias del Derecho mercantil actual, que una mayor interconexión entre los mercados nacionales y las crecientes relaciones transnacionales entre los operadores económicos han de llevar, necesariamente, a una mayor aproximación entre legislaciones y familias de ordenamientos. Así, la globalización de la economía, con participación de empresas en otros mercados, mediante la adquisición de bienes o el suministro de productos, introduce nuevos fenómenos contractuales complejos, que son impulsados, a su vez, por el creciente desarrollo de la contratación internacional por medios electrónicos. Campo especialmente abonado a ulteriores desarrollos normativos, por tanto, es el del comercio a través de internet, merced a la función de las plataformas digitales como mediadores entre la oferta y la demanda, el pago por medio de criptomonedas, la contratación mediante *blockchain*, o el recurso a figuras como el *crowdfunding* o el *escrow*, aquí objeto de estudio.

La aparición de plataformas digitales como intermediarios o proveedores de servicios de la sociedad de la información abre nuevos cauces a la interpretación de los nuevos modelos de negocio surgidos al calor de la tecnología y de las amplias posibilidades que concede internet para actuar de forma global en el mercado. Surgen así las plataformas de financiación participativa, asociadas a los fenómenos del *crowdfunding* y *crowdlending*. Con todo, estas realidades plantean nuevos problemas en torno a su utilización fraudulenta y las específicas necesidades de protección del inversor, que son tratadas, aun parcialmente, en el presente trabajo en torno al contrato de *escrow*. La evolución socioeconómica requiere, por ende, una correcta readaptación a las instituciones del Derecho mercantil, que, por otra parte, ha de permanecer atento a la realidad del mercado. Como dijera el maestro Ascarelli y consta en el lema del trabajo «Las nuevas necesidades se satisfacen así con instituciones viejas. Las viejas formas y la vieja disciplina no se abandonan de un golpe, sino lenta y gradualmente a lo largo de mucho tiempo, de suerte que la nueva función se ve compelida a vivir dentro de la vieja estructura, plasmándose y encuadrándose en el sistema».

En este orden de cosas, en el *common law* el *escrow* tradicionalmente ha ocupado un espacio, más o menos definido, dentro de su sistema del Derecho, aun cuando su flexibilidad haya impedido, dentro de la casuística y practicidad que caracteriza a este «modo de hacer», reconocer un estatuto jurídico específico en torno al denominado *escrow holder*. En este marco histórico, entre la tradición y la evolución, que también se halla presente desde las fuentes del Derecho romano hasta nuestros días, el presente trabajo trata de recoger los diferentes ámbitos en los que la práctica forense recurre a esta figura. Como mecanismo de aseguramiento de la correcta ejecución contractual, el *escrow* ha adquirido una notable presencia en el comercio internacional, entre otros, en los contratos de financiación y de transmisión. En correspondencia, el primer capítulo de este trabajo aborda la caracterización jurídica que debe ser dada a este contrato, toda vez que los Tribunales españoles se ven paulatinamente compelidos a su delimitación, en su función de aplicación del Derecho al caso concreto.

En su origen el *escrow* es identificado como un pergamino o un documento que es entregado a un tercero de confianza y cuyo destino resulta condicionado al cumplimiento de una determinada condición o evento. Para ello es necesaria su verificación, de modo que el constituyente se reserva el derecho a recuperar el título si la condición no es cumplida o el evento no tiene lugar. Solo si se diera tal previsión, por tanto, el *escrow holder* estará obligado a proceder a una segunda entrega al beneficiario (*second delivery*). Pero, en su defecto, habrá de proceder a la devolución a aquel que realizó la primera entrega (*redelivery*).

Con 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. En suma, el *escrow* busca superar los riesgos e incertidumbres que, como resultado del objeto contractual o de la conformación negocial, puedan surgir, para lo cual las partes acuden a un tercero independiente. Su función general, por tanto, consiste en procurar el buen fin de la relación negocial programada a través de la verificación del exacto o regular cumplimiento de la ejecución contractual.

Se advierte de esta forma, en principio, una suerte de *causa credendi*, dirigida a facilitar el «buen fin» de la prestación de una de las partes si el derecho sobre el objeto depositado llegara a consolidarse. Para ello, a su vez, las condiciones y contingencias que den lugar a la entrega al beneficiario han de obedecer a la literalidad de las estipulaciones que autoricen bien la entrega al beneficiario, bien la restitución al constituyente. Se desprende de este proceder un cierto automatismo, propio de otras instituciones mercantiles, como en los juicios cambiarios resultantes de la utilización de las letras de cambio o en otras figuras de garantía, como el seguro de caución o la garantía a primera demanda, que nos resultan más próximos.

Algunos paralelismos se presentan, no obstante, en el *Civil Law* desde la perspectiva de la adaptación de las «cuentas bloqueadas en garantía» en los *Anderkonten* en el Derecho alemán, sin que los esquemas clásicos del Derecho continental permitan integrar completamente el contenido de este contrato. En este camino de adaptación a nuestros patrones normativos, el trabajo acude al contrato de depósito, dentro de la amplitud que confiere su régimen jurídico, como mejor vía para dar cabida a las relaciones que resultan de la interposición del depositario del *escrow* entre las partes. Con todo, su correcto entendimiento requiere reconocer su carácter retribuido, y la condicionalidad y automatismo u objetivación de esta relación a tres bandas. Para ello, además, se ha de destacar su carácter irrevocable, que, a su vez, ha de ser conceptuado, desde un perfil subjetivo, como un depósito a favor de sujeto alternativamente determinado, y desde otro, objetivo, como un depósito sometido a contingencia o condicionado.

Sobre la base de estas notas configuradoras, el *escrow* presenta una amplia funcionalidad, que da lugar a muy variadas modalidades y aplicaciones, que son tratadas en el capítulo segundo. De este modo, esta figura jurídica ha evolucionado para alcanzar cualquier forma de transmisión que quede suficientemente documentada, o la consignación de cualquier bien u otro valor, o incluso de información relevante. Son muy variados los ámbitos sobre los que recae el *escrow*, en particular de la financiación empresarial y de la transmisión de bienes complejos, en los que las prestaciones de las partes se han de adaptar a las características del bien y, en su caso, a sus relaciones, a fin de dar cumplimiento a la ejecución contractual. De ello se da cuenta, en atención a sus características, en los distintos apartados del

capítulo, tanto en la tradicional concepción del *escrow*, como respecto de otras figuras más modernas, como en el denominado «*escrow* informático».

Así las cosas, la extensión objetiva de la figura pronto comprendió la entrega de dinero, dando lugar a la denominada «cuenta de *escrow*» (*escrow account*). La amplia funcionalidad del *escrow*, en consecuencia, ha llevado a la incorporación de los más diversos objetos, que caracterizan, a su vez, las clases del «*escrow* de valor» y del «*escrow* de dinero», como unidad de cuenta, cuya singularidad se ha traducido en la formación de las llamadas «cuentas bloqueadas en garantía», de las que se ocupa específicamente el capítulo tercero de este estudio. Las «cuentas bloqueadas en garantía» tienen incidencia, entre otros ámbitos, en los sistemas de pagos, en las fusiones y adquisiciones de empresas y en las relaciones de financiación participativa. Toda esta mecánica contractual se ha de considerar sin perjuicio de la actividad del *escrow holder* a través de internet, merced a la digitalización de las relaciones económicas.

El capítulo cuarto se dedica a la delimitación del contenido del contrato. Elemento característico de las distintas modalidades del *escrow* es la objetivación de la relación sobre la base del contrato y del documento o el dinero que es objeto de la entrega inicial. Esto permite reconocer en el *escrow holder* un tercero independiente o intermediario (*stranger* o *third party*) que ha de someter su comportamiento debido estrictamente a tal marco contractual (*escrow agreement*). Lo anterior, en todo caso, se ha de entender sin perjuicio de las instrucciones conjuntas que reciba de ambas partes, constituyente y eventual beneficiario, o de las que reciba de una en favor de la otra.

Su labor, por tanto, se ciñe a custodiar el objeto o el título de legitimación entregado, con una eventual tarea de gestión del patrimonio resultante, y a verificar el cumplimiento del hecho o la correcta ejecución contractual. Todo ello se ha de resolver, a la postre, en la alternativa de la entrega al beneficiario o de su restitución al constituyente. Junto a la literalidad y la correspondiente tendencia al automatismo que impregnan la conducta debida del depositario del *escrow*, otro elemento caracterizador de la relación es la fijación de la condición, que, junto con la irrevocabilidad del *escrow*, dan forma a un derecho que se puede calificar como contingente para las partes. La fijación de la condición, a su vez, excluye que el depositario del *escrow* adquiera la propiedad del bien que le sea entregado. Pero, además, el depositario del *escrow*, con motivo de la relación anterior, actúa en el interés conjunto de las partes expresado en el encargo o en el contrato que le sirva de base, y de forma contingente, puesto que su actividad se ajusta al resultado de la obligación allí asumida o de la condición establecida.

Al mismo tiempo, la obra examina la relación de confianza que une a las partes, constituyente y beneficiario, eventuales deudor y acreedor, con el depositario del *escrow*. Este constructo, al mismo tiempo, lleva a que el

constituyente pierda el control sobre el objeto depositado, y con ello su propiedad, de manera que surge un derecho complementario de las partes sobre el objeto, lo que obliga a acudir a la teoría de los derechos en expectativa o derechos expectantes. Tal derecho en expectativa sobre el objeto depositado permitirá a la parte que consolide o purifique la propiedad sobre el bien, en última instancia, reclamar la entrega al depositario del *escrow*.

De otro lado, el estudio también analiza la función de garantía del *escrow* en torno al cumplimiento de una determinada obligación de la otra parte o en previsión de una contingencia, lo cual da lugar a una distinta configuración negocial. En todo caso, la común referencia a la «prohibición de conmixción», según la cual las partes imponen al depositario que no pueda «mezclar» los bienes entregados, ni los resultantes de su gestión, con otros bienes de su patrimonio, aproxima la figura al depósito regular; y ello frente a otras formas de depósito irregular que encuentran en el mutuo o en la comisión figuras asimiladas. Esta manifestación tiene particular relevancia dentro del marco de las «cuentas bloqueadas en garantía» y en la posición jurídica del depositario del *escrow*, que, a su vez, puede tener una posición subjetiva diversa a la de la entidad financiera en la que constituya el depósito de dinerario. Desde este punto de vista se evidencia mejor su condición de «agente doble» de las partes.

Dentro del marco de relaciones que unen al depositario del *escrow* con las partes, el trabajo da repaso, en su capítulo cuarto, a las obligaciones que resultan de esta relación fiduciaria y a la expresión de la obligación general de diligencia del depositario del *escrow* a través de una obligación estricta de custodia. En este marco, el deber de diligencia también encuentra manifestación en las obligaciones de entrega del bien y de comunicación a las partes acerca de cualquier incidencia que afecte a su valor, mientras que el deber de lealtad reclama que no pueda servirse de la cosa depositada. Se cierra el estudio con un capítulo quinto dedicado a la incidencia que eventuales situaciones concursales de las partes puede tener sobre el depósito constituido en *escrow* y sobre las posibilidades de presentarse como un «negocio resistente» a la insolvencia de cualquiera de ellas. Todo lo anterior se ha de poner en relación con los supuestos de especial reconocimiento y de la calificación de los créditos como créditos contingentes en el concurso y con la utilización del *escrow* dentro de las soluciones a la situación de insolvencia.

Puesto al lector en situación sobre los distintos aspectos tratados en la obra, quisiera concluir esta presentación expresando mi agradecimiento a los profesores Niccolò Abriani, Profesor Ordinario de la Universidad de Florencia, y Louise Gullifer, de la Universidad de Oxford, por sus amables indicaciones para profundizar en el tema objeto de estudio. Así, la estancia en el Dipartimento di Scienze Giuridiche de la Università degli Studi di Firenze sirvió para avanzar en el estudio de los depósitos atípicos, desde

los primeros estudios de los profesores Walter Bigiavi y Rosario Nicolò en torno a los «depósitos con función de garantía» y los «depósitos en interés de tercero», al objeto de dar una visión distinta a la del depósito clásico y configurar con ello una teoría general aproximativa para estos contratos. Por otra parte, la estancia en el *Commercial Law Centre* del *Harris Manchester College* de la Universidad de Oxford, a partir de la revisión de las *Halsbury's Laws of England* y de las fuentes obtenidas de las *Bodleian Libraries*, permitieron alcanzar una completa panorámica de la fenomenología del *escrow*. Esta investigación ha tenido reflejo tanto en el reconocimiento de la figura en sus orígenes, como en la realidad actual de las relaciones comerciales en el ámbito internacional en las que es de común aceptación por los operadores económicos. Por todo ello, mi agradecimiento más profundo a ambas instituciones y a sus profesores.

Por último, la obra que ahora se presenta constituye la reelaboración del proyecto de investigación presentado al Tribunal evaluador de la prueba de acceso al cuerpo de Profesores titulares de Universidad formado por los profesores José Miguel Embid Irujo, Vanessa Martí Moya, Carmen Boldó Roda, Rosalía Alfonso Sánchez y Pablo Girgado Perandones. A todos ellos, reputados académicos del Derecho mercantil, quiero igualmente agradecer sus oportunas observaciones, que he procurado incluir en la publicación definitiva del trabajo que en su día fuera sometido a su benevolente consideración. Y finalmente, por su paciencia y comprensión, a mi mujer, compañera en todo este viaje.

En Cartagena de Indias, a 12 de octubre de 2019.

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DEL *ESCROW**

I. INTRODUCCIÓN. APROXIMACIÓN A LA FIGURA

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 interno¹. No obstante su consolidada raigambre en el Derecho angloamericano², su amplia funcionalidad, que da lugar a muy variadas modalidades y aplicaciones, no ha permitido, siquiera hoy, la institu-

* Trabajo integrado en el proyecto de investigación nacional de excelencia «Fenomenología organizativa en el Derecho de sociedades: nuevos modelos de empresa societaria» (DER2017-83428-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que son investigadores principales el Prof. D. José Miguel EMBID IRUJO y la Pfra. D.^a María de Lourdes FERRANDO VILLALBA; y en el proyecto de investigación del programa estatal de investigación, desarrollo e innovación orientado a los retos de la sociedad «Nuevos Instrumentos Jurídicos para la Financiación de la PYME» (DER2015-6539-R), del que es Investigadora principal la Profesora Carmen BOLDÓ RODA.

¹ Señera en tal sentido, aun cuando ha habido otros pronunciamientos entre la jurisprudencia menor, es la 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)*, núm. 393 de la colección Tirant monografías, Valencia, Tirant lo Blanch en colaboración con el departamento de Derecho mercantil de la Universidad de Valencia, 2005, pp. 1-717, p. 217.

² Puede ser consultada, ya en el siglo XIX, la Enciclopedia americana e inglesa de Derecho, por A. S. H. BRISTOW, «Escrow», *The American and English Encyclopaedia of Law* (eds. David S. GARLAND *et al.*), vol. XI, 1899, pp. 333-363. Antes incluso, aparece mencionado por J. M. A. PICKFORD, en *Notes and Queries*, 2 de junio de 1888, p. 429.

cionalización 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* como en otras jurisdicciones³. 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 mercado⁴.

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 del 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*» medieval⁵. 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 trian-

³ Dentro de la relevante incidencia de los *cases* en la conformación del Derecho angloamericano, a mediados del siglo pasado, R. K. GARRISON, «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*». En esta línea, L. D. PEDERSON, «Escrows - Defalcation of Escrow Holder - Allocation of Loss to Vendor or Vendee», *Oregon Law Review*, vol. 31, núm. 3, 1952, pp. 218-234, pp. 218-219, a la luz del caso *Squire v. Branciforti* (131 Ohio St. 344, 2 N. E. 2d 878, 882, 1936), reconoce que el *escrow* ocupa un «nicho definido en el sistema del Derecho» («*definite niche in the body of law*»), si bien el estatuto legal del *escrow holder* ha recibido una gran diversidad de descripciones en sus rasgos configuradores.

⁴ Es obligada la referencia a F. C. SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho* (trad. A. POSADA), Granada, Comares, 2008, que puede encontrar una cierta correlación, en el *common law* en R. POUND, «The Theory of Judicial Decision», *Harvard Law Review*, núm. 36, 1923, pp. 802-825.

⁵ Por todos, Th. M. BYRNE, «Escrow and Bankruptcy», *The Business lawyer*, vol. 48, 1992-1993, pp. 761-777, p. 761, a partir del *Webster's Third New International Dictionary* de 1986, p. 775, alude al término «*scroll or strip of parchment*» proveniente del «*escroe*» francés; y W. W. SKEAT, en *Notes and Queries*, núm. 129, de 16 junio de 1888, p. 472, al término anglofrancés «*escroe*» o «*esraue*» y a su diminutivo «*escrouet*»; por su parte, W. JOVITT, «Escrow», *Dictionary of English Law*, London, Sweet & Maxwell, 1959, se remonta al término «*escrit*» de la Edad Media y, por extensión, al «*scriptum*» del latín.

gular. 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.

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 públicos⁶. También en ello se puede apreciar una obligación de pago alternativa con un plazo de decisión previsible, vinculada al espectáculo al se destinaban los gladiadores, y una condición objetiva, que daba lugar a una revisión del precio, como era la muerte o «inutilización» de los gladiadores. 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*⁷.

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. Solo entonces el *escrow 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 otra forma de transmisión que quede suficientemente documentada, o la consignación de dinero o de cualquier 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 autori-

⁶ *In extenso*, F. J. GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *Arrendamiento, aestimatio y compraventa en Gayo, III, 146*, Madrid, Ábaco, 1984; y Á. D'ORS PÉREZ-PEIX, «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, p. 599. Sobre la doctrina que ha tratado este negocio, y su aproximación al arrendamiento operativo, M. del C. LÁZARO GUILLAMÓN, «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.

⁷ Con todo, puede verse un antecedente del depósito a favor de tercero en la versión castellana dirigida por ÁLVARO D'ORS *et al.*, *Del Digesto de Justiniano*, Pamplona, Aranzadi, 1968, donde en el D,16,3,26,1 recoge la posibilidad de constituir un depósito sobre objeto, dinero o títulos y donde, a su vez, el deponente incorpore la condición de su muerte para que el objeto del depósito, que ya no le puede ser devuelto, le sea entregado a un tercero ajeno a la relación entre el *tradens* y el *accipiens*.

ce, a su vez, la entrega al cumplidor o al beneficiario, o, sensu contrario, la devolución del título o instrumento al constituyente.

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).

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

1. Concepto

El *escrow* es originariamente definido como un contrato por el cual una persona entrega un título u otro instrumento que reconozca la titularidad de derechos a un tercero con la indicación de que este 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 obligación o, *lato sensu*, la condición no es cumplida o el evento no tiene lugar⁸. Destaca así la presencia de un instrumento escrito que representa una obligación legal o que 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 condición⁹. Con todo, el término condición ha de ser entendido

⁸ Con la primera jurisprudencia allí citada, y no obstante, aunque las partes no se refieran de forma expresa a esta denominación, pero sin embargo este sea su propósito en relación con la entrega del documento, como un «título de legitimación» sobre el objeto, A. S. H. BRISTOW, *op. cit.*, pp. 333-334: «*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*». También SKEAT, W. W., *op. cit.*, p. 472, con remisión al diccionario Webster, lo define como «una escritura u obligación otorgada a una tercera persona, para su custodia, hasta que se realice algún acto o se cumpla alguna condición, de modo que no surta efecto hasta que se realice la condición («*A deed or bond given to a third person, to hold till some act is done or some condition is performed, and which is not to take effect till some condition is performed*»).

⁹ En la definición de *escrow* contenida en la Segunda edición de la *American Jurisprudence* de 1966 (Am. Jur. 2d), p. 28. En la *Encyclopædia Britannica* aparece como un acuerdo, generalmente escrito, con respecto a una obligación entre dos o más partes, que dan instrucciones a un tercero referidas a una propiedad que se pone bajo su control, si bien dependiente de ciertas condiciones («*an agreement, usually a written instrument, concerning an obligation between*

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.

Dentro de la codificación del *escrow* se ha de apuntar el capítulo sexto del *Financial Code* del Estado de California, que, además de instaurar un régimen específico del *escrow agent* y del control de su actividad, define el *escrow* en su art. 17003. Según su dictado, el *escrow* comprende cualquier transacción en la cual una persona, con el propósito de efectuar la venta, la transferencia, el gravamen o el arrendamiento de bienes muebles o inmuebles a otra, entrega cualquier instrumento escrito, dinero, título de propiedad real o personal u otra cosa de valor a un tercero, que será retenida por este hasta que ocurra un evento específico o la ejecución de una condición prescrita, en cuyo caso será entregada por ese tercero a un beneficiario o a su representante. Y añade, en relación con aquellas actividades de *escrow* realizadas por internet, aquellas transacciones en la que una persona, con el propósito de efectuar la venta o la transferencia de sus bienes o de otros servicios a otra, entrega dinero, o su equivalente autorizado por Internet, a un tercero, en relación con un evento específico o la ejecución de una condición¹⁰.

two or more parties, that gives a third party instructions that concern property put in his control upon the happening of a certain condition»). Por otra parte, J. LEHMAN y S. PHELPS, «Escrow», *West's Encyclopedia of American Law* de 2005, lo identifican en un doble sentido: como algo de valor, como una escritura, acciones, dinero u otro instrumento escrito, que se entrega en custodia a una tercera persona por parte de su propietario, un otorgante, un deudor o un promitente, para que sea retenida hasta que tenga lugar una contingencia o el cumplimiento de una condición («*Something of value, such as a deed, stock, money, or written instrument, that is put into the custody of a third person by its owner, a grantor, an obligor, or a promisor, to be retained until the occurrence of a contingency or performance of a condition*»), pero también como un documento depositado a cargo de alguien hasta la realización de un acto o el acaecimiento de un evento especificado en ese documento («*a writing deposited with someone until the performance of an act or the occurrence of an event specified in that writing*»).

¹⁰ «*Section 17003 Financial Code State of California: (a) "Escrow" means any transaction in which one person, for the purpose of effecting the sale, transfer, encumbering, or leasing of real or personal property to another person, delivers any written instrument, money, evidence of title to real or personal property, or other thing of value to a third person to be held by that third person until the happening of a specified event or the performance of a prescribed condition, when it is then to be delivered by that third person to a grantee, grantor, promisee, promisor, obligee, obligor, bailee, bailor, or any agent or employee of any of the latter. (b) With regard to Internet escrow companies, "escrow" also includes any transaction in which one person, for the purpose of effecting the sale or transfer of personal property or services to another person, delivers money, or its Internet-authorized equivalent, to a third person to be held by that third person until the happening of a specified event or the performance of a prescribed condition, when it is then to be delivered by that third person to a grantee, grantor, promisee, promisor, obligee, obligor, bailee, bailor, or any agent or employee of any of the latter.*».