

EL CONTRATO DE ESCROW: CONFIGURACIÓN EN ORIGEN Y RECEPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Leyre Elizari Urtasun

Abogada. Doctora en Derecho Civil. Profesora Asociada
Universidad Pública de Navarra

TITLE: *The escrow contract. Original configuration and reception in Spanish law.*

RESUMEN: El *escrow* es una figura de origen estadounidense, que implica que las partes de un negocio principal acuerdan la entrega de un objeto, habitualmente dinero, a un tercero, hasta que se produzca determinado evento, momento en el cual este tercero deberá entregarlo a aquel de las partes que corresponda, según lo pactado. El Tribunal Supremo (Sala 1ª) tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el *escrow* en una sentencia de 24 de octubre de 2014, estableciendo cuál es la delimitación básica del contrato en nuestro ordenamiento, pero apartándose en gran medida de la figura original. El presente trabajo analiza el contrato de *escrow*, partiendo de su configuración en su sistema legal de origen comparándola con los pronunciamientos recogidos en la sentencia citada y con los escasos supuestos enjuiciados por algunas Audiencias Provinciales. Se pretende ofrecer respuesta, además, a las principales cuestiones que plantea la figura, no todas ellas abordadas por la sentencia del Tribunal Supremo citada, como es el supuesto del incumplimiento del tercero o agente de *escrow*.

ABSTRACT: *The escrow is a figure originated in the United States of America, which implies that the parties of a principal business agree to deliver an object, frequently money, to a third party, until certain event occurs, when the third one shall deliver it to the pertinent party, as stipulated. The Supreme Court (First Court) has pronounced about it in a sentence of October 24th, 2014, establishing which is the basic delimitation of the contract in our legal system, but moving away, to a large extent, from the original figure. This paper analyses the escrow agreement, starting from its configuration in its original legal system and comparing it with the statements of the cited sentence, and with a few sentences of some Courts of Appeal. It is intended to provide answers, besides, to the principle issues arising from the figure, not all of them addressed by the cited sentence, like the case of the escrow holder's default.*

PALABRAS CLAVE: *escrow*; contratos atípicos; agente de *escrow*; depósito en garantía; incumplimiento del depositario *escrow*.

KEY WORDS: *escrow*; atypical contracts; *escrow agent*; deposit in guarantee; *escrow holder's default*.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ESCROW EN EL COMMON LAW. 2.1. *Definición*. 2.2. *Requisitos esenciales*. 2.3 *El escrow holder*. 2.3.1. Sujetos que pueden ser *escrow holder*. 2.3.2. Obligaciones y responsabilidad del *escrow holder*. 2.3.3. Posición jurídica del *escrow holder*. 2.4. *Aplicaciones prácticas del escrow en la actualidad*. 3. RECEPCIÓN DEL ESCROW EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 3.1. *El escrow de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2014*. 3.1.1. El contrato controvertido y su calificación en las sentencias de primera instancia y apelación. 3.1.2. Concepción del Tribunal Supremo sobre el contrato de *escrow*: elementos esenciales y calificación del contrato. 3.1.3. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014. 3.2. *Características del contrato de escrow: especial atención a los sujetos intervinientes*. 3.3. *El agente de escrow: características y obligaciones*. 3.4. *El*

incumplimiento del agente de escrow. 3.4.1. Cuando el contrato de *escrow* no incluye entrega. 3.4.2. Cuando el contrato de *escrow* incluye entrega. 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En un mercado globalizado, los contratantes ordenarán sus intereses acudiendo a las figuras negociales que resulten más adecuadas para dar respuesta a sus específicas necesidades, pudiendo ser aquellas, en ocasiones, originarias de un sistema legal de *Common Law*. Este trabajo va a abordar una de esas figuras, procedente de la práctica estadounidense, denominada *escrow* o *escrow account*, sobre la que el Tribunal Supremo (Sala 1ª) se pronunció en su sentencia de 24 de octubre de 2014 (RJ\2014\5836). Partiendo de la atipicidad de este contrato en nuestro ordenamiento (aunque luego se matizará esta afirmación), la sentencia citada realiza un importante esfuerzo de análisis, determina cuáles son sus elementos básicos y cuál es, a la vista de los mismos, su régimen integrador y de aplicación supletoria. A pesar de la importancia económica del asunto y de la novedad del tema, lo cierto es que dicha sentencia no ha recibido especial atención por parte de la doctrina, como tampoco el análisis del contrato en general. Sin embargo, se trata de un contrato utilizado en la práctica notarial, de gran utilidad en las operaciones de transmisión de empresas y de importancia creciente en el ámbito tecnológico, lo que augura su mayor utilización en el futuro, y la aparición de cuestiones sobre las que el Tribunal Supremo no ha tenido oportunidad de pronunciarse.

Para obtener una visión más completa del *escrow* es conveniente contextualizar el contrato en su sistema legal de origen, al menos en sus rasgos generales, y a ello se dedica la primera parte de este artículo. A continuación, se estudia cómo se ha recibido la figura en nuestro ordenamiento, partiendo del análisis que efectuó el Tribunal Supremo, para determinar después qué respuesta se ofrece a sus principales problemas.

2. EL *ESCROW* EN EL *COMMON LAW*

2.1. *Definición*

El *escrow* es un mecanismo utilizado desde tiempos remotos en las transacciones inmobiliarias en Estados Unidos (MANN, 1949:398). En virtud del mismo, una de las partes del contrato de compraventa (*grantor*) entrega una escritura u otro documento, o dinero, a un tercero (*escrow holder*), hasta que se cumpla cierta condición o se produzca cierto evento relativo al contrato de compraventa de un inmueble¹. Cuando

¹ Algunos Estados han legislado sobre este tipo de *escrow*, como es el caso de Nueva York (*General Business Law*, §657, §778 y 778-a), o Massachussets (*General Law*, Part II, Tit. I, Chap. 183b, section 43). A nivel federal no existe una norma que regule el *escrow*, salvo el efectuado para hacer frente a los impuestos, seguros o cargas relativas a cierto tipo de préstamo garantizado con hipoteca, (§2609, Tit. 12,

se cumpla dicha condición, el *escrow holder* entregará dicho documento o dicha suma a la otra parte de la compraventa (*grantee*), o lo restituirá al *grantor*². El caso más simple es el de un vendedor que deposita su título de propiedad en manos de un tercero hasta que el comprador pague el precio íntegro de la compraventa, momento en el cual el tercero o *escrow holder* entregará la escritura al comprador y se producirá la transmisión de la propiedad del inmueble (MANN, 1949: 398).

En la actualidad, su uso ya no se limita al ámbito inmobiliario, habiéndose extendido a otras transacciones como la transmisión de empresas, las compraventas de bienes entre personas que se encuentran en diferentes lugares, o, en general, a cualquier operación cuya ejecución implique varias actuaciones y requiera del transcurso de cierto tiempo hasta consumarse. Teniendo en cuenta que en estos supuestos lo depositado suele consistir en dinero, se ha definido el *escrow*, o *escrow account*, como más habitualmente se denomina en este caso, como aquella cuenta bancaria donde un tercero mantiene el dinero hasta que se cumplan ciertas condiciones, por ejemplo, la firma de un contrato o la correcta entrega de ciertos bienes, verificado lo cual entregará los fondos a la persona que corresponda (GIBSON, 2003:122). El *escrow* es considerado un mecanismo que coopera en la ejecución del contrato principal, asegurando su cumplimiento para el momento en el que este sea exigible. Este aseguramiento se consigue mediante la colocación de un bien (el dinero del precio, los bienes comprados, etc.) en manos de un tercero neutral, que lo entregará al contratante del negocio principal que corresponda en función de la producción del evento señalado en el *escrow* (la comprobación de que el bien enviado se encuentra en perfectas condiciones, el pago íntegro del precio, el levantamiento de cargas del inmueble vendido, etc.).

Chap. 27, *United States Code*), que también se prevé en algunos Estados, como Nueva York (*Banking Law*, §6-k). El análisis de estas disposiciones, que conlleva además la distinción entre diferentes aplicaciones del *escrow*, excede el ámbito del presente trabajo.

² Conviene realizar una aclaración terminológica. En el *Common Law*, al sujeto que efectúa la entrega en *escrow* se le denomina indistintamente «*grantor*» o «*depositor*». Al otro sujeto del contrato principal, que puede resultar el legitimado para recibir la cosa, se le designa como «*grantee*», «*obligee*» o «*beneficiary*», mientras que al sujeto que custodia la cosa en *escrow* se le conoce como «*escrow holder*» o «*depository*». A pesar del uso de dichos términos, en el ordenamiento norteamericano no existe confusión o equiparación entre el contrato de *escrow* y el contrato de depósito (véase nota siguiente). Aquí se ha considerado preferible mantener los términos «*grantor*», «*grantee*» y «*escrow holder*», para que el uso de los términos «depositante» o «depositario» no provoque inconscientemente en el lector la identificación del *escrow* con nuestro contrato de depósito (aunque esta cuestión será objeto de análisis posteriormente). De todas formas, como se apreciará en la segunda parte del trabajo, tanto los autores como las resoluciones judiciales se refieren a los sujetos como «depositante», «depositario» y «beneficiario del depósito», en parte por influencia de los términos anglosajones, y en parte porque el término «depósito» se utiliza, aunque sea impropia, en muchos supuestos en los que se entrega a un sujeto que tiene obligación de guarda, aunque no constituya un contrato de depósito propiamente dicho. Respecto a esto último, véase ALBALADEJO, 2011: 810.

2.2. Requisitos esenciales

Son necesarios varios requisitos para la existencia de un auténtico *escrow*. En primer lugar, es preciso que entre las partes del negocio principal exista un contrato perfeccionado y válido (BENTLEY, 1955:147), lo cual es lógico pues el *escrow* incide en la ejecución de este contrato.

Por su parte, a pesar de la existencia de una conexión o vinculación entre ambos negocios, el contrato de *escrow* o *escrow agreement* es un contrato diferente e independiente de aquel contrato principal. La válida constitución del *escrow* requiere del consentimiento tanto del *grantor* como del *grantee* y el *escrow holder* (LUSK y FRENCH, 1984:187; BOGERT, 1927:662; LUCIANI, 2005: 805-806).

No es preciso que se utilice el término «*escrow*» ni que se celebre por escrito (BENTLEY, 1955: p. 148), aunque es conveniente que, para evitar futuras controversias, consten de esa forma, al menos, las instrucciones que se imparten al *escrow holder* (LUSK y FRENCH, 1984:187). Cuando el *escrow agreement* se celebra por escrito es habitual que conste en un documento independiente al contrato principal, pero nada impide que constituya una cláusula inserta en dicho contrato (LUCIANI, 2005: 808). El contenido del contrato de *escrow* es variable, aunque en general suele incluir la identificación de todas las partes, la descripción del objeto depositado, la condición o evento que determina la entrega por el *escrow holder*, y las instrucciones a seguir por este (LUSK y FRENCH, 1984:187-188).

El establecimiento de la condición o evento cuya producción determinará la entrega del objeto por el *escrow holder* al *grantee* es esencial para la existencia del *escrow agreement* (BENTLEY, 1955:147; LUSK y FRENCH, 1984:186). Aunque es habitual que se hable de la existencia de una «condición», en realidad los Tribunales se refieren, de forma amplia, a la producción de algún evento o la realización de algún acto.

Además de la existencia de un contrato principal y de un contrato de *escrow* que incluya la condición o evento, es necesaria la entrega del objeto depositado al *escrow holder* (*delivery* o *first delivery*). Hasta que la cosa no se encuentra en su poder, el *escrow holder* no asume ninguna obligación, derecho o responsabilidad derivadas del *escrow agreement* (LUCIANI, 2005: 810). Una vez efectuada la entrega al *escrow holder*, el *grantor* pierde todo control sobre el objeto entregado y no es posible revocar el *escrow* salvo que concurra el consentimiento tanto del *grantor* como del *grantee*³.

³ Aquí reside la diferencia fundamental entre el *escrow* y el depósito, tal y como se configura este en el *Common Law*. En un depósito se considera que la posesión que ostenta el depositario está sujeta al control del depositante, que, por tanto, puede revocarla cuando desee. Cuando se entrega en *escrow*, en cambio, el *grantor* no puede revocar la entrega por su sola voluntad, ni conserva ningún derecho de posesión ni control sobre la cosa. En tal sentido, véase BENTLEY, 1955: 149, LUSK, y FRENCH, 1984: 186, o LUCIANI, 2005: 810.

2.3. *El escrow holder*

2.3.1. Sujetos que pueden ser *escrow holder*

Cualquier persona, física o jurídica, que tenga capacidad para contratar puede asumir el papel de *escrow holder*⁴. Los Tribunales han establecido, no obstante, como regla general que el *escrow holder* debe ser un sujeto distinto al propio *grantee*, pues la entrega de la cosa a este supondría el cumplimiento del contrato principal, y no una entrega en *escrow* (BENTLEY, 1955:162). No obstante, esta regla general se ha flexibilizado en algunos supuestos, admitiendo que el agente o el abogado que representan al *grantee* puedan actuar como *escrow holders*, sin perder por ello necesariamente la entrega el carácter de *escrow* (LUSK y FRENCH, 1984:186-187).

En la práctica, los sujetos que actúan habitualmente como *escrow holders* suelen ser abogados, entidades bancarias, empresas o agencias especializadas que prestan servicios de *escrow* o servicios fiduciarios (*trust*).

2.3.2. Obligaciones y responsabilidad del *escrow holder*

El *escrow holder* queda obligado por los términos del *escrow agreement*, debiendo acatar las instrucciones que se le hayan conferido en el mismo. Una de las obligaciones fundamentales que asume es la de realizar la entrega al *grantee* (*second delivery*) una vez que se hayan cumplido las condiciones o el evento en cuya consideración se pactó el *escrow* (LUSK y FRENCH, 1984:188-189)⁵. Si dicho evento no se produjera, el *escrow holder* tiene el deber de restituir el documento, dinero u objeto depositado al *grantor*.

En caso de incumplimiento de las instrucciones, el *escrow holder* responde por los daños causados y por cualquier pérdida que resulte directamente de aquel. En el caso de que las instrucciones escritas hayan sido modificadas con posterioridad de forma oral, algunos pronunciamientos han eximido de responsabilidad al *escrow holder* que incumple estas últimas, mientras que en otros casos se ha declarado su total validez y, por tanto, la responsabilidad del *escrow holder* que las vulnera.

Sí son unánimes las decisiones que establecen que, si el *escrow holder* entrega el título o el dinero al *grantee* sin que se haya cumplido la condición, la entrega es indebida (*wrongful delivery*) y no produce efecto transmisivo para el beneficiario (BENTLEY,

⁴ Algunos Estados han regulado la figura del *escrow agent* exigiendo el cumplimiento de ciertos requisitos para poder desempeñar la actividad, como la necesidad de obtener una licencia o la prestación de una fianza que garantiza el cumplimiento de las obligaciones legales. Es el caso, por ejemplo, de California (*Financial Code* §17000-17703), o Washington (RCW, 18.44).

⁵ En el ámbito inmobiliario, el cumplimiento de la condición produce el efecto de transmitir la propiedad al beneficiario, excepto en casos de incapacidad o fallecimiento del *grantor* antes de la verificación de la condición, en cuyo caso el efecto se retrotrae a la primera entrega.

1955:156). El *grantor*, no obstante, puede ratificar la entrega con posterioridad, produciéndose la subsanación de la entrega indebida.

Un riesgo que puede preocupar a las partes del negocio principal que deciden depositar en *escrow* es el de la pérdida de la cosa en manos del *escrow holder*, y, sobre todo, el riesgo de apropiación de los fondos por aquel. El *escrow holder* que recibe dinero y está autorizado para conservarlo en una cuenta bancaria abierta a su nombre, donde se mezcla con sus propios fondos, está obligado a mantener en dicha cuenta, al menos, un saldo equivalente a la cantidad depositada en *escrow*. En caso de que no mantenga en dicha cuenta saldo suficiente, o si utiliza el dinero depositado para sus propios propósitos, el *escrow holder* es culpable de *embezzlement* o apropiación indebida, con consecuencias penales. Al margen de dicha responsabilidad, desde el punto de vista contractual hay que establecer si el riesgo debe ser soportado entonces por el *grantor* o el *grantee*. La respuesta depende del momento en el que el *escrow holder* se apropia de los fondos, en relación al momento de producción del evento o condición que determina su obligación de entrega. Si la apropiación ocurre antes del cumplimiento de la condición o la producción del evento, la pérdida recae en el *grantor*, pues se considera que el *escrow holder* actúa todavía como su agente. En cambio, después del cumplimiento de la condición, la pérdida debe soportarla la parte legitimada para recibir el dinero, la que tiene el derecho a la entrega.

2.3.3. Posición jurídica del *escrow holder*

Aunque los Tribunales norteamericanos se han ocupado ampliamente de la definición y funcionamiento del *escrow*, la posición jurídica del *escrow holder*, sin embargo, no está tan claramente definida (GARRISON, 1951:46). Para resolver esa cuestión, además, suelen acudir habitualmente a figuras ya asentadas, como la agencia.

En este sentido, se ha afirmado que el *escrow holder* es un agente del *grantor* y del *grantee* cuya actuación se rige por las instrucciones dadas por ambos y contenidas en el *escrow agreement* (BENTLEY, 1955:163; BOGERT, 1927:672; PROVAGGI, 1991:299-302). Al tratarse de un agente nombrado por dos sujetos, su poder no puede ser revocado salvo que concurra la voluntad de estos, situación que se mantiene hasta que se verifica la condición o el evento que determina la obligación de entrega del *escrow holder*. En ese momento el *escrow holder* pasa a considerarse agente únicamente del titular de la entrega, o, en su caso, agente de cada una de las partes respecto del objeto que deba entregar respectivamente a cada una de ellas (por ejemplo, el dinero al vendedor y la escritura de propiedad al comprador).

La consideración del *escrow holder* como un agente, no obstante, no es del todo satisfactoria para algunos autores pues en realidad, una vez aceptados los términos del acuerdo, aquel actúa en virtud de sus propias facultades y es responsable de sus acciones, sin estar sujeto al control de las partes (LUSK y FRENCH, 1984:188). Además, de aplicarse los principios de la agencia, en caso de apropiación de los fondos antes del

cumplimiento de la condición parecería lógico que la pérdida recayera conjuntamente en el *grantor* y el *grantee*, no solo en el primero (BOGERT, 1927:672).

En otras ocasiones los Tribunales han considerado que el *escrow holder* asume el rol de un *trustee*, en cuyo caso adquiere la propiedad formal del bien, con las importantes consecuencias de que constituye un patrimonio separado inatacable por sus acreedores y por los del constituyente, y de que el titular del derecho a la restitución o beneficiario tendrá a su disposición las acciones de defensa propias del *trust*, que incluyen la persecución del bien (*tracing order*) en caso de que el *trustee* lo haya transmitido a terceros (BOGERT, 1927:674-675)⁶.

Por último, aunque no resulta frecuente y desde luego no es una obligación característica del *escrow holder*, puede actuar como árbitro, cuando las partes le hayan conferido la facultad de decidir si se ha verificado o no la condición prevista en el *escrow agreement*, dirimiendo la posible controversia entre ellas (PROGAGGI, 1991:303-304).

2.4. Aplicaciones prácticas del escrow en la actualidad

Uno de los usos más frecuentes del *escrow* en la práctica anglosajona se produce en el ámbito de la transmisión inmobiliaria, como ya se ha indicado (PROVAGGI, 1991:304-307). El *escrow holder* se convierte en depositario de los documentos relativos a la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, evitando así su entrega al comprador y la adquisición de la propiedad por este hasta el momento en que se produzca la condición pactada. También es usual el depósito de sumas dinerarias correspondientes a los impuestos, seguros o gastos relativos a la hipoteca.

Otra de las aplicaciones más habituales de la figura del *escrow* se produce en el comercio internacional compensatorio o *countertrade* entre empresas occidentales y empresas de los denominados países en vías de desarrollo. Esta práctica consiste en que, por un lado, la empresa exportadora occidental vende determinados bienes a una empresa importadora de un país emergente, que deposita el dinero del precio en una cuenta bancaria (*escrow account*). A su vez, la empresa occidental se obliga a comprar bienes a esa otra empresa por importe igual o inferior al dinero depositado. El banco depositario actúa como *trustee*, siendo el beneficiario la empresa occidental, de forma que esta se garantiza la disponibilidad del dinero en caso de que ocurriera cualquier eventualidad en la ejecución del contrato.

⁶ En este punto parece conveniente que las partes opten de forma clara por constituir un *trust*. Con carácter general, el *trust* constituye un patrimonio separado creado por el constituyente (*settlor*), cedido a unos fiduciarios (*trustees*), que ostentan una titularidad formal sobre los bienes objeto de *trust*, con el fin de que lo administren de acuerdo con sus instrucciones a favor de uno o más beneficiarios (*beneficial owners*), que ostentan la titularidad real (*beneficial ownership*) sobre dichos bienes (PENNER, 2008: 15). Sin embargo, teniendo en cuenta otros elementos, como los requisitos de forma o el régimen fiscal, es más favorable la constitución de un *escrow* sin naturaleza fiduciaria.

Un tercer ámbito en el que es habitual el *escrow* es el de la transferencia de tecnología, especialmente en los contratos que tienen por objeto licencias de *software*. Por un lado, la empresa adquirente del programa, que se dedica a su distribución, necesita prestar asistencia técnica a sus propios clientes y protegerse ante la paralización de su propia actividad que le supondría la desaparición de la empresa creadora del *software*. Por su parte, la empresa desarrolladora del *software* precisa proteger el *know-how*, y puede temer que si lo revela a la empresa distribuidora esta no guarde el secreto o, una vez revelado, prescinda de sus servicios. Para proteger los intereses de ambas, puede acordarse el depósito del código fuente del programa en manos de un tercero, que garantizará simultáneamente su secreto a la empresa desarrolladora y su conservación a la empresa distribuidora.

3. RECEPCIÓN DEL *ESCROW* EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

3.1. *El escrow de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2014*

3.1.1. El contrato controvertido y su calificación en las sentencias de primera instancia y apelación

El Tribunal Supremo (Sala 1ª) ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el contrato de *escrow*, en su sentencia de 24 de octubre de 2014 (RJ\2014\5836), a propósito de una compleja operación internacional de compraventa de acciones entre dos entidades bancarias. La sentencia no desaprovecha la ocasión y comienza, en primer lugar, por contextualizar la figura del *escrow* y delimitar sus elementos esenciales, en abstracto, para posteriormente hacer aplicación de esta delimitación al caso concreto. Hay que advertir, con todo, que en este segundo proceso se terminan de apuntalar o aclarar algunos aspectos clave de la figura. Curiosamente, la Sala concluye que el contrato al que las partes habían denominado «*escrow*», no es tal, aunque sí localiza la existencia de un *escrow* en el conjunto negocial. Pero antes de entrar a analizar estas cuestiones, conviene tener en cuenta el supuesto de hecho y los pronunciamientos de las sentencias de primera instancia y apelación en cuanto al *escrow*⁷.

De los hechos recogidos por las sentencias de apelación y casación se infiere que Banco Occidental de Descuento estaba interesado en adquirir el Banco de Venezuela, entidad en la que el Banco Santander y una de sus filiales ostentaban una parte significativa de sus acciones.

Banco Occidental de Descuento estaba obligado a desprenderse de unos títulos valor («Notas estructuradas»), interesándole realizar el pago del precio de las acciones de Banco de Venezuela mediante la entrega de dichos títulos.

⁷ Dado el objeto de este trabajo, se dejará de lado el análisis de otras cuestiones suscitadas en todas las instancias

Banco Santander y su filial (en adelante nos referiremos a ambas como «Banco Santander») estaban interesadas en vender las acciones de Banco de Venezuela, pero recibiendo el pago en dinero y no en títulos. Compradora y vendedora convinieron entonces que el pago del precio de las acciones se realizara mediante la entrega de los referidos títulos valor a Banco Santander, pero obligándose Banco Occidental de Descuento a su vez a obtener el compromiso de compra de los citados títulos, una vez adquiridos por Banco Santander, por parte de Deutsche Bank, por un importe de 1.180.920.000 \$ USA.

La recepción de la plena y libre propiedad de los títulos por Banco Santander debía ser previa a la transmisión de las acciones del Banco de Venezuela. Comprobada la recepción de los títulos por Banco Santander, este debía emitir una orden de ejecución para transmitir las acciones del Banco de Venezuela a Banco Occidental de Descuento. Para realizar estas operaciones cruzadas se designó a BOD Casa de Valores C.A.

Por su parte, dentro de ese mismo día, Banco Santander transmitiría los títulos a Deutsche Bank, que debía a su vez efectuar a aquella el pago de la cantidad acordada.

El conjunto de la operación se vería plasmado en la firma de varios documentos. El 16 de junio de 2008 Banco Occidental de Descuento y Banco Santander concluyeron un contrato de *escrow*, por el que el Banco Occidental de Descuento entregó a Banco Santander ciento cincuenta millones de dólares (150.000.000 \$ USA), depositados en la cuenta que Santander tenía abierta en Nueva York con Citibank. Banco Santander debía devolver dicha suma a Banco Occidental de Descuento una vez realizadas satisfactoriamente todas las transacciones descritas, incluida la compraventa de títulos entre Banco Santander y Deutsche Bank y el pago del precio convenido por ellos.

Además, se había redactado un contrato de compraventa de acciones, de 4 de julio de 2008, fecha en la que iban a sucederse todas las operaciones arriba descritas, pero que no llegó a firmarse porque un cambio legislativo en Venezuela impidió a Banco Santander la venta de las acciones de Banco de Venezuela y frustró la operación, ante lo cual Banco Occidental de Descuento reclama la restitución de la suma entregada en *escrow* a Banco Santander.

Para las sentencias de primera instancia y apelación, la interpretación del contrato de *escrow* suscrito entre las partes el 16 de junio de 2008 resultaba fundamental en la resolución de la controversia⁸. Según refiere la Audiencia Provincial, la magistrada de instancia tomó en consideración que el *escrow*, figura jurídica de origen anglosajón, constituye en su sentido estricto y tradicional, un convenio por el que un documento legal o un bien se entrega a un tercero que, una vez verificado el cumplimiento de unas condiciones pactadas, entregará la cosa al beneficiario indicado o lo devolverá al

⁸ Respectivamente, se trata de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid, de 1 de octubre de 2010 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de octubre de 2012 (JUR\2012\376583). No se ha podido tener acceso al texto de la sentencia de primera instancia.

depositante. Partiendo de tal definición, considera la sentencia que el contrato suscrito entre Banco Occidental de Descuento y Banco Santander constituye un «negocio jurídico atípico, de naturaleza compleja y autónoma del contrato de compraventa que las partes proyectaban realizar, aunque íntimamente relacionado con la misma, que no puede encuadrarse en ninguna de las figuras jurídicas reguladas en nuestro ordenamiento jurídico (ni siquiera el anglosajón)», porque carece de la figura del tercero depositario.

En la misma línea en cuanto a la definición del *escrow*, la sentencia de la Audiencia Provincial sostiene:

«Como señala DE LA [sic.] REINA TARTIERE, [Actualidad civil nº 1 de 2007], citado expresamente en el escrito de oposición por la entidad BOD, este contrato es de utilización frecuente en la práctica jurídico financiera, como un procedimiento mediante el cual se pretende obtener un marco de mayor confianza en las transacciones, que se ha mostrado de gran utilidad en negocios de adquisición de empresas o paquetes accionarios, en virtud del cual, el comprador, en lugar de entregar directamente y en su totalidad el dinero en que se ha cerrado la operación, lo transfiere a una entidad financiera, que tendrá la obligación de restituirlo, en todo o parcialmente, a alguna de las partes, luego que se acrediten los extremos que, mencionados en el contrato de depósito, puedan darse respecto de la ejecución del negocio principal. 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 condicionado [sic] al cumplimiento de determinadas contingencias».

La inexistencia de un tercero en el contrato enjuiciado, de acuerdo con la Sala, no empaña la presencia de las notas propias del contrato de *escrow* y nada impide que las partes, en su libertad de contratación, acuerden prescindir de la intervención de un tercero y determinen directamente cuál será el destino de lo entregado, en función de que se acredite el cumplimiento de las circunstancias que se señalan⁹.

La sentencia de primera instancia interpretó que, en virtud del contrato de *escrow* Banco Occidental de Descuento se había obligado al buen fin de sus gestiones y a la obtención del compromiso de Deutsche Bank, pero en las circunstancias en las que se firmó el contrato de *escrow*. Habiendo cambiado estas por la modificación legislativa producida en Venezuela, existió una imposibilidad sobrevenida constatable (art. 1184 CC) para Banco Occidental de Descuento, lo que conduce a estimar su demanda y condenar a Banco Santander a restituir la cantidad entregada con el contrato de *escrow* más los intereses. Por el contrario, la sentencia de apelación consideró que los términos del contrato eran lo suficientemente claros y concluyentes, expresivos de que Banco Santander hizo suya la cantidad de forma definitiva y únicamente estaba obligada a restituirla «[...] de cumplirse todas y cada una de las circunstancias previstas

⁹ Se apunta que, posiblemente, dicha ausencia se deba a que las partes del contrato son dos entidades financieras, que son quienes se constituyen habitualmente en terceros en este tipo de operaciones.

en el contrato». Estima, por tanto, el recurso de apelación de Banco Santander y desestima la demanda.

3.1.2. Concepción del Tribunal Supremo sobre el contrato de escrow: elementos esenciales y calificación del contrato

Siendo consciente de que el debate en las instancias inferiores se había centrado en la interpretación del contrato de *escrow*¹⁰, el Tribunal Supremo comienza su análisis con unas «consideraciones previas» sobre la atipicidad contractual, para luego delimitar la figura. Como aproximación preliminar, la sentencia da cuenta de que el *escrow* es una figura originaria del Derecho angloamericano, que suele ser traducida con referencia genérica a la idea o noción de depósito, y que se está desarrollando en una fase inicial de marcada atipicidad, con modalidades y aplicaciones muy variadas y diferenciables, en los ámbitos en los que incide, que son:

- El de la propiedad intelectual y el sector informático (*escrow* informático o de software).
- El de la nueva economía, instrumentalizando los pagos de las compraventas realizadas a través de internet.
- El de las transacciones internacionales, asegurando su correcta ejecución.
- El del crédito hipotecario, como cuenta en depósito en garantía para el pago de impuestos y seguros del bien hipotecado.
- El de la práctica jurídico-financiera, o cuenta *escrow*, en donde se depositan unos fondos conexos al cumplimiento de los términos y circunstancias pactados.

La sentencia reitera en varias ocasiones que el *escrow* se encuentra en la citada fase inicial de consolidación en nuestro ordenamiento, por lo que su valoración ha de ser flexible, «conforme al principio de libertad de contratación y autonomía negocial de las partes contratantes». A pesar de esta llamada a la flexibilidad, la sentencia define con exactitud los elementos que conforman la tipicidad básica del contrato.

De acuerdo con el Tribunal Supremo, el *escrow* presenta, en primer lugar, carácter instrumental y accesorio respecto a otro contrato, y su función es la de aseguramiento de la correcta ejecución de la relación negocial proyectada (F.D. 2º, 4).

Precisamente una de las consideraciones previas que hace el Tribunal en cuanto a la atipicidad y el principio de libertad contractual es que la interpretación de los contratos

¹⁰ El Fundamento de Derecho Primero de la sentencia transcribe parte del contrato de *escrow* y del contrato de compraventa de acciones. Sin embargo, Banco Occidental de Descuento denunció la errónea transcripción de los mismos, por haberse confundido y mezclado el contenido de ambos. El Auto del TS de 2 de diciembre de 2015 (JUR\2016\1357), que resuelve el incidente en el que la citada entidad solicita la nulidad de la sentencia, admite la existencia de errores materiales en la transcripción de los contratos, aunque los mismos no son determinantes de la nulidad de la sentencia. La transcripción literal del contenido de los contratos en la sentencia de casación, por ello, no puede considerarse fiable.

complejos, creados a partir de la fusión de elementos que pertenecen a distintos tipos contractuales, o bien surgidos de la unión o pluralidad de contratos, debe realizarse desde la unidad económica y jurídica que dota de sentido a estas prácticas de contratación, destacándose el papel de la doctrina de la base del negocio tanto en orden a la interpretación de la reglamentación contractual, como a su pertinente calificación jurídica. En el supuesto enjuiciado, el denominado por las partes como contrato de *escrow* no tiene sentido sin el contrato de compraventa de acciones, aunque este fuera posterior, y está relacionado con su ejecución (más adelante se precisará en qué sentido lo entiende el Tribunal Supremo).

Además de su carácter instrumental y de la función que le atribuye el Tribunal, como medio de aseguramiento de la ejecución de la relación negocial proyectada, la delimitación nuclear de la figura reside 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» (F.D. 2º, 4).

El Tribunal Supremo zanja así uno de los puntos discutidos durante el proceso en cuanto al contrato de *escrow*: la necesidad de que intervenga un sujeto distinto a los contratantes del negocio principal, es decir, de un sujeto al que, desde esa perspectiva, se denomina como «tercero»¹¹. Al respecto, la sentencia de instancia descartó la existencia de un *escrow* ante la falta de dicho tercero, mientras que la Audiencia Provincial consideró que la intervención de un tercero-depositario no constituía un elemento esencial del contrato¹². Frente a esto, el Tribunal Supremo sí considera necesaria la presencia de un tercero en la relación negocial, pero no ha de ser, y esta es una de las claves en el entendimiento de la configuración jurisprudencial del *escrow*, un depositario.

¹¹ Más adelante se volverá sobre la cuestión de los sujetos intervinientes en el contrato de *escrow*. De momento se mantiene la denominación de los sujetos utilizada en las sentencias objeto de examen, que designan como «tercero» al sujeto que no interviene en el negocio principal, en este caso la compraventa de acciones. Nótese además que este «tercero» es designado como «agente de *escrow*», probablemente por influencia del término anglosajón *escrow agent*, pero en ningún momento se configura el contrato de *escrow* como un contrato de agencia, en virtud del cual el agente se obliga de forma continuada o estable a promover actos y operaciones de comercio (art. 1 LCA), es decir, a una actividad de promoción duradera (BERCOVITZ, 2013:677), sino como un arrendamiento de servicios o un contrato de mandato.

¹² La cantidad de ciento cincuenta millones de dólares fueron depositados por Banco Occidental de Descuento en una «cuenta *escrow*» que Banco Santander tenía abierta en Citibank, habiéndose pactado que dicha entrega suponía que aquel adquiriría la suma de forma irrevocable y definitiva, estando solo obligado a reintegrarla a Banco Occidental de Descuento en las circunstancias establecidas en el contrato. Es decir, se designó la cuenta de Citibank como un simple lugar de pago, y en realidad dicha entidad no tenía atribuida ninguna intervención en el *escrow*.

De acuerdo con esta postura, el tercero o agente de *escrow* es un sujeto ajeno a las partes, que no ha participado en las negociaciones, pero en el que las partes confían para que vele «por los intereses de las partes en el buen fin de la relación negocial programada», siendo su función la «la verificación del exacto o regular cumplimiento del contrato celebrado, o de algunas obligaciones derivadas del mismo», función que no se reconduciría a regular o determinar el destino de la cantidad entregada conforme al cumplimiento o la comprobación de una determinada contingencia o de circunstancias previamente señaladas. La entrega así efectuada, para la sentencia, «carece de relevancia a efectos de la tipicidad contractual de la figura». En el caso concreto, prosigue la fundamentación:

«conforme a la delimitación anteriormente expuesta, cabe precisar que la tipicidad básica de esta figura en el presente caso anida en la citada participación del “agente de *escrow*” (Valores Casa de Bolsa, C.A) que, conforme a lo pactado en el contrato de *escrow* y a las instrucciones recibidas, debía ejecutar las operaciones cruzadas en orden a la transmisión de las pertinentes acciones; todo ello, como presupuesto necesario del propósito negocial perseguido por las partes (cláusula tercera del contrato de *escrow*, de 16 de junio de 2008)». (F.D. 2º, 5).

Es decir, el verdadero agente de *escrow* era BOD Valores Casa de Bolsa C.A., tercero respecto de las partes de la compleja operación negocial y encargado de velar por el buen fin de la misma. El cambio legislativo en Venezuela impidió que la compraventa de acciones pudiera perfeccionarse y, por tanto, que el agente de *escrow* desplegara su actividad. Configurado así el contrato de *escrow*, cobra sentido que para la Sala la fuente informadora y de integración del contrato se referencie en el contrato de mandato o, más ampliamente, en el contrato de servicios¹³.

Recalca la sentencia que no es necesario que el agente de *escrow* actúe como depositario, en definitiva, porque el contrato no se configura como un contrato de depósito, en contra de lo sostenido, fundamentalmente, por la sentencia de apelación, así como por la recurrente Banco Occidental de Descuento¹⁴.

A modo de recapitulación, de acuerdo con esta sentencia de 24 de octubre de 2014, el contrato de *escrow* se caracteriza por insertarse en una operación negocial compleja, dentro de la cual resulta instrumental o accesorio, pues su función es la de procurar un aseguramiento del cumplimiento contractual proyectado, o de algunas de sus

¹³ Parece claro que para la Sala, el agente de *escrow* se obliga a realizar una actividad productora de efectos jurídicos, como es propio del contrato de mandato (DÍEZ-PICAZO:2010, 471), pero tampoco cabe descartar, en esta fase inicial de recepción del contrato, que pueda constituir una actividad sin dichos efectos y se sitúe por tanto en el ámbito más genérico del contrato de servicios.

¹⁴ Establece el Tribunal Supremo al respecto: «En este mismo curso de calificación, como más adelante se analiza, también interesa destacar que la propia ‘cuenta de *escrow*’ del contrato de compraventa tampoco se configura como un contrato de depósito, propiamente dicho, de suerte que, en contra de lo alegado por la parte recurrente, no cabe valorar la hipotética función, ya solutoria, o bien de garantía, que le era asignada al pretendido contrato de depósito» (F.D. 2º, 5).

prestaciones, gracias a la intervención de un tercero en la fase de ejecución de la prestación objeto de verificación. No es necesaria la constitución de un depósito, ni como garantía de cumplimiento, ni como elemento necesario para llevar a cabo la prestación (F.D. 2º, 6). El régimen que inspira el contrato y actúa como supletorio, en consecuencia, es el del contrato de mandato o más en general la prestación de servicios¹⁵.

3.1.3. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2014

Las consideraciones del Tribunal Supremo sobre el contrato de *escrow* pueden ser objeto de comentario en varios sentidos. En primer lugar, es digno de elogio el que se haya ocupado de definir la «tipicidad básica» del contrato de *escrow*, a pesar de que el negocio así denominado por las partes no reuniera sus requisitos esenciales y fuese otra su naturaleza (PLAZA, 2015:22).

En segundo lugar, la sentencia parte de la falta de regulación del contrato de *escrow* en nuestro ordenamiento, dedicándole unas consideraciones previas a la atipicidad y a la libertad contractual, para situar el contrato en este contexto. Esta afirmación puede sorprender si se tiene en cuenta que, aunque sea con carácter sectorial, los artículos 216 y 217 del Reglamento de organización y régimen del Notariado (redacción según Real Decreto 45/2007), contemplan al *escrow* de software o *escrow* informático. La concepción que sostiene el Alto Tribunal acerca del *escrow* difiere, no obstante, de la configurada por la citada norma, lo cual podría servir para justificar la falta de mención a la regulación notarial, y la afirmada atipicidad del contrato en nuestro ordenamiento¹⁶.

En tercer lugar, no puede dejar de observarse que el contrato de *escrow*, tal y como se delimita en la sentencia que se comenta, se aparta en buena medida de su homónimo

¹⁵ En lo que se refiere al caso concreto, descartado que el contrato de 16 de junio, que las partes habían denominado como «*escrow*», constituya verdaderamente un *escrow*, la sentencia procede a su recalificación, entendiendo que: «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 (obsérvese que en el propio contrato inicial de 16 de junio, también denominado de *escrow*, ya se referencia el abono de dicho importe con «anterioridad» de la firma del contrato; expositivo cuarto) y por el otro, su finalidad penitencial (apartado (B) de la cláusula segunda)» (F.D.2º, 7). El Tribunal Supremo considera acreditado que, de acuerdo con la voluntad de las partes y teniendo en cuenta el complejo negocial, «el riesgo que presentaba la correspondiente autorización gubernativa de esta transacción se sitúa en la esfera de actuación prestacional que debía realizar el Banco Occidental de Descuento, Banco Universal, C.A., tanto por la sujeción de dicha operación de compra a las autorizaciones de las entidades de supervisión venezolanas, como para el buen fin del diseño o estructura del complejo negocial proyectado (artículos 1283 y 1285 del Código Civil)». Confirma, por tanto, la sentencia de apelación y la desestimación de la demanda de Banco Occidental de Descuento.

¹⁶ Aun así, al menos en una ocasión la sentencia hace referencia expresa al *escrow* informático, siendo menos justificable la omisión de la citada regulación en relación a este supuesto.

(y supuesto modelo) angloamericano. La función que se atribuye al contrato es similar, pero no coinciden, sin embargo, sus elementos esenciales.

En cuanto a la función del contrato, en el ámbito anglosajón se considera que la intervención del *escrow holder* asegura a cada sujeto del contrato principal la recepción de la prestación que le corresponde en el momento oportuno, en aquellos negocios con prestaciones no simultáneas o que requieren de varias actuaciones o de comprobaciones que se alargan en el tiempo. La celebración de un *escrow* refuerza, de acuerdo con esta concepción, la celebración de dicho contrato principal, y aumenta la confianza de las partes en la correcta ejecución del mismo, pues el objeto depositado permanecerá bloqueado en manos del *escrow holder* hasta que se cumpla la condición o evento señalado en el *escrow*, y una vez producido, hará entrega del mismo a quien corresponda. En este sentido, algunos autores han señalado que el *escrow* cumple una función de garantía (DE REINA, 2007:2).

El Tribunal Supremo, por su parte, afirma que la función del *escrow* es «procurar un aseguramiento del cumplimiento contractual proyectado, o de algunas de sus prestaciones, con el auxilio verificador de un tercero [...] sin que sea obstáculo, para ello, la previa constitución de un depósito, ya como garantía del cumplimiento, o bien, como elemento necesario para llevar a cabo la prestación resultante [caso del *escrow* informático]».

Prescindiéndose de la entrega, en ambos casos la correcta ejecución del negocio principal gracias a la intervención de un tercero es la finalidad perseguida con la celebración del contrato de *escrow*, solo que en el caso norteamericano la actividad del *escrow holder* se materializa en una actividad muy específica (asegurar el objeto depositado y su entrega a la persona legitimada para recibirlo), mientras que en la concepción del Tribunal Supremo aquella podría consistir en actuaciones muy variadas a realizar por el denominado agente de *escrow*.

Donde no existe coincidencia es en cuanto a los requisitos esenciales del contrato de *escrow*. En el *Common Law* se señalaron como tales la entrega del objeto de la prestación al *escrow holder* (*delivery* o *first delivery*), y la posterior entrega de dicho objeto por parte del *escrow holder* (*second delivery*) al sujeto determinado en función de la producción de la condición o evento señalado, que también es un elemento necesario del *escrow*. De acuerdo con el Tribunal Supremo, sin embargo, la existencia de un depósito, o, mejor dicho, de una entrega, no es elemento de la tipicidad básica del *escrow*, ni la custodia se encuentra entre las obligaciones del agente de *escrow*. La actuación del agente de *escrow* entraría en juego en la fase contractual en la que opera la ejecución de la prestación objeto de verificación, y por tanto no es requisito esencial la existencia de una condición o evento como en el caso anglosajón.

Las diferencias entre la figura, tal y como la delimita el Tribunal Supremo, y el originario contrato de *escrow* anglosajón son, por tanto, bastante acentuadas. La sentencia alude en más de una ocasión a que el contrato de *escrow* se encuentra en una fase inicial de

recepción en nuestro ordenamiento, debiendo ser flexible y abierta la consideración de cuál es su tipicidad básica, así como su interpretación. Pero a pesar de invocar esta flexibilidad se definen muy exactamente cuáles son los elementos del *escrow* y las normas que informan el contrato, que resultan ser las del contrato de mandato o de servicios, y, sobre todo, se insiste en que el depósito no forma parte de la tipicidad básica del *escrow*. Resulta, como mínimo, sorprendente que la configuración jurisprudencial de la figura se haya alejado tanto de su supuesto modelo, y la afirmación de que la entrega de la cosa y su restitución según el cumplimiento de una condición o evento, no formen parte de lo que el Tribunal Supremo considera la tipicidad básica del contrato. Cabría plantearse si esto responde a algún tipo de práctica especial que se desarrolle en nuestro país, pero no parece que sea el caso, o al menos no se tienen noticias de tal tipo de práctica. Al contrario, la entrega al depositario y su obligación de restituir según se cumpla o no la circunstancia pactada, es una constante en los ejemplos y definiciones del contrato de *escrow*, también en el ámbito de nuestro ordenamiento. Sin ir más lejos, en todos los ejemplos que se citan en la sentencia comentada, al señalar los ámbitos en los que es habitual el *escrow*, existe entrega de un bien o una suma de dinero al depositario.

Así, en el *escrow* informático, intervenga o no un notario, se considera imprescindible la entrega del código fuente por parte de la empresa de software a un depositario de confianza (CARRASCOSA, POZO, RODRÍGUEZ, 2000:232-234)¹⁷. Desde luego, el artículo 216 del Reglamento notarial expresamente establece que el notario recibirá el soporte digital, pactándose bajo qué circunstancias deberá entregarlo al licenciario de software y de qué manera se ha de acreditar la concurrencia de dichas circunstancias.

Por otro lado, los autores que se han ocupado del *escrow* en nuestro país lo han situado en el ámbito del contrato de depósito o incluyen la entrega de un objeto al depositario como uno de sus elementos característicos. Así, DE REINA (2007:1), describe el *escrow* como aquel negocio en virtud del cual «el comprador, en lugar de entregar directamente y en su totalidad el dinero en que se haya cerrado la operación, lo transferirá a una entidad financiera, que tendrá la obligación de restituirla, siquiera en un porcentaje, a alguna de las partes, luego de que se le acrediten los extremos que, mencionados en el contrato de depósito, puedan darse respecto de la ejecución del negocio principal».

Esta misma descripción del *escrow*, al que también denomina «depósito bilateral»¹⁸ es compartida por CARRASCO (2015:291-292), que subraya que, aunque en la práctica en ocasiones no se define claramente cuál de los sujetos es el depositante (comprador, vendedor o ambos conjuntamente), desde luego existe entrega al depositario,

¹⁷ También sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Pamplona de 9 de enero de 2007 (AC\2007\330).

¹⁸ En un trabajo anterior, no obstante, utiliza preferentemente la denominación «*escrow*» (2006:393).

pactándose la contingencia que determina la titularidad del derecho restitutorio y la forma en que esta debe acreditarse¹⁹.

Aunque las sentencias que se han pronunciado sobre un contrato de *escrow* en las instancias inferiores son escasas, lo cierto es que en todas ellas es común denominador la entrega de dinero a una entidad bancaria-depositaria, que asume la obligación de entregarla a alguna de las partes de la obligación principal en el momento señalado en el contrato de *escrow*²⁰.

Se observa, pues, que la delimitación que ha efectuado el Tribunal Supremo sobre el *escrow*, aunque se insista en que se encuentra en una fase de progresiva consolidación, difiere de esta otra, que incluye como elementos imprescindibles la entrega del objeto y su restitución al sujeto que corresponda en función de la producción de una condición o evento relativos al negocio principal y que, de momento, parece la fórmula más frecuente. Esto reduce, en nuestra opinión, la utilidad de los pronunciamientos de la sentencia comentada.

En la práctica, no obstante, tampoco habría impedimento en que las partes configuren el contrato de *escrow* como un mandato, en el que el agente de *escrow* deba verificar el cumplimiento de una obligación derivada del negocio principal, y, además, pacten la entrega de un objeto o una suma de dinero al agente de *escrow*, asumiendo la obligación de custodiarlo y entregarlo al contratante que corresponda, si así conviene al diseño de su relación negocial. Sería necesario entonces que las partes celebraran un contrato de *escrow* y un contrato de depósito, según se examinará a continuación²¹.

¹⁹ También en algunos ordenamientos próximos, como el italiano y el portugués, se considera la entrega uno de los elementos esenciales del *escrow*. Véase BARASSI, 1991: 281-282, MORAIS, 2007: 165-166.

²⁰ Destacan dos pronunciamientos. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de febrero de 2013 (JUR 2013\109809), varias personas habían vendido unos restaurantes a Grupo Zena, pactándose que parte del precio, 901.518€ sería depositado por este en una entidad bancaria en garantía de posibles indemnizaciones o reclamaciones, en virtud de lo establecido en el contrato de compraventa, siendo liberada la cantidad, total o parcialmente, en función de si se hubieran hecho efectivos alguno de los supuestos objeto de garantía, el día 30 de abril de 2009. En el contrato de depósito en garantía o *escrow account* se establecía que el dinero se debía depositar en un Fondo de Inversión, que la cantidad allí depositada era indisponible para las partes, salvo el mutuo acuerdo por escrito de ambas, que ambas tenían derecho de información y que los réditos generados por dicho Fondo se incluirían en el mismo.

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de febrero de 2016 (JUR 2016\90578), la entidad Madrid Network había concedido un préstamo a Alba Technolife S.L. El primer tramo de dicho préstamo, 530.000€, en virtud de un contrato de depósito en garantía suscrito por las partes, se depositó en una cuenta *escrow*, pactándose su indisponibilidad, salvo que se acreditara el cumplimiento de dos condiciones, que debían ser certificadas por la prestamista, consistentes en la obtención de afianzamiento por un Grupo Mexicano de Capital riesgo, por la suma de 530.000€, o el incremento en el patrimonio dinerario de la prestataria de modo igual o superior al 25% de dicha suma.

²¹ Con todo, si se añade la entrega, hay que reconocer que el contrato coincide con el descrito por CARRASCO o DE REINA, que resulta mucho más próximo a la figura anglosajona que a la dibujada por el Tribunal Supremo. Se corre el riesgo, así, de que coexistan dos concepciones diferentes del *escrow*, según incluyan o no la entrega al agente de *escrow*.

3.2. Características del contrato de escrow: especial atención a los sujetos intervinientes

Del análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014 y los elementos que esta considera esenciales en el contrato de *escrow* se deducen cuáles son sus características: se trata de un contrato instrumental de otro negocio principal, consensual, no formal, de confianza, y que podrá ser gratuito o retribuido²². No lo plantea la sentencia, pero el contrato puede reputarse mercantil cuando «tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista», de acuerdo con el artículo 244 del Código de Comercio²³.

Respecto a la retribución, por aplicación del segundo párrafo del artículo 1711 del Código Civil, aunque no se hubiera pactado se presume que el mandato es retribuido si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato²⁴.

Una de las cuestiones discutidas en la práctica en cuanto al contrato de *escrow* es la de los sujetos que intervienen en el mismo²⁵. La comentada sentencia del Tribunal Supremo afirma que es requisito del *escrow* la participación de una tercera persona «[...] 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...», es designado para velar por los intereses de las partes en el buen fin de la relación negocial programada.

En realidad, la Sala está subrayando que es necesaria la presencia de tres sujetos en el entramado negocial que forman el contrato principal y el *escrow*. Desde la perspectiva del primero, es cierto que el agente de *escrow* no interviene en el citado contrato, como tampoco en la decisión de constituir el *escrow*, que es adoptada por las partes del negocio principal, y de ahí su calificación como «tercero»²⁶. Pero posteriormente es necesario diferenciar los distintos contratos que componen este entramado, porque el contrato de *escrow*, a pesar de su carácter instrumental, constituye un negocio autónomo respecto del negocio principal. Desde la perspectiva del contrato de *escrow* parece obvio que el agente de *escrow* no puede ser considerado un tercero, ni es correcta esta denominación. Al contrario, su consentimiento es necesario para la

²² Aunque se incluya la entrega como elemento esencial del *escrow*, las características del contrato no varían, a excepción del carácter real que presenta en aquel caso (MORAIS, 2007:272-273).

²³ Aunque se pueda plantear la doble calificación del contrato, como civil o mercantil, en el ámbito del Derecho común las diferencias entre el mandato civil y el mercantil son poco relevantes, como destaca VALPUESTA (2009:676).

²⁴ El artículo 227 del Código de Comercio, por su parte, presume que el contrato es retribuido, salvo pacto en contrario, fijándose los honorarios en función de los usos de la plaza donde se cumpliere la comisión.

²⁵ Véase el blog del notario FRANCISCO ROSALES DE SALAMANCA y su interesante artículo sobre el contrato de *escrow* (<http://www.notariofranciscorosaes.com/el-contrato-de-escrow>), donde uno de los aspectos más comentados es el de la intervención o no del depositario en la celebración del *escrow*.

²⁶ También las sentencias de primera instancia y apelación se referían al «depositario» como «tercero», tal y como se puso en manifiesto en el apartado 1.2.

perfección del contrato, puesto que contraerá obligaciones derivadas del mismo. De hecho, el agente de *escrow* habrá negociado su retribución, las instrucciones que ha de seguir, las obligaciones o responsabilidad que asume, etc. Conforme dispone el artículo 1718 del Código Civil, de aplicación supletoria de acuerdo con la sentencia citada, el mandatario queda obligado a cumplir con el mandato desde su aceptación. La aceptación del encargo, no obstante, podrá ser tácita (art. 249 CCo), mediante la realización de gestiones en el desempeño del encargo²⁷.

La siguiente cuestión es determinar qué sujeto se coloca en el lado activo de la relación de *escrow*.

De acuerdo con la concepción del Tribunal Supremo, el *escrow* se perfecciona entre el agente de *escrow* y los contratantes de la relación principal, debiendo ser considerados ambos como mandantes, pues deciden de común acuerdo acudir al mismo y presentan interés en el cumplimiento del encargo, quedando el agente de *escrow* obligado a cumplir dicho encargo frente a ambos. En el supuesto examinado por el Tribunal Supremo, de hecho, el contrato de *escrow* había sido celebrado por las entidades compradora y vendedora de las acciones de Banco de Venezuela, pudiendo considerarse la aceptación del agente de *escrow*, BOD Casa de Valores C.A., como tácita, al no constar expresamente su aceptación del *escrow*²⁸.

Cuando se añade la entrega de un objeto al agente de *escrow* la cuestión se complica. Si se mantiene la concepción del Tribunal Supremo respecto del *escrow*, sería necesaria la celebración de dos contratos: el de *escrow* propiamente dicho y un contrato de depósito²⁹. En tal caso, algunos autores han sostenido que el primero ha de celebrarse entre las partes del contrato principal (comprador y vendedor, empresa de software y usuario, por ejemplo), aceptando con posterioridad el agente de *escrow*, o bien que el depositario es parte solo en el contrato de depósito vinculado al contrato de *escrow*³⁰. Como ya se ha indicado, aquí se considera que el agente de *escrow*, sea o no depositario, ha de consentir el contrato de *escrow*, siquiera de forma tácita. Formalmente, el *escrow* y el depósito pueden celebrarse simultáneamente, pudiendo ser este una cláusula dentro del contrato de *escrow*, o incluso insertarse ambos en el negocio principal.

Para aquella variante doctrinal que considera la entrega como un elemento esencial en el contrato de *escrow* (opción que, como se ha referido, se considera más ajustada a la

²⁷ La doctrina justifica esta norma en el carácter profesional del comisionista (VALPUESTA, 2009: 679).

²⁸ Podría plantearse que existiera un único mandante (por ejemplo, aquel que asume el pago de los honorarios del agente de *escrow*), pero la decisión de acudir a un agente de *escrow* y su designación requeriría, en nuestra opinión, al menos la aceptación del otro sujeto de la relación principal, ya que la intervención de aquel va a afectar a la ejecución de dicho contrato.

²⁹ Así, lo entienden CARRASCOSA, POZO y RODRIGUEZ (2000:233), que afirman que se trata de contratos diferentes, el *escrow* y el depósito, pero que no deben considerarse independientes, dado que no existe el *escrow* sin el depósito.

³⁰ *Ibidem*.

realidad práctica), este constituye un único contrato, en el que una de las partes del negocio principal entrega una cosa a un depositario *escrow*, quien deberá entregarla a la otra parte del negocio principal o restituírsela, en función de la producción de cierto evento³¹. Parece claro que el *tradens* ha de consentir el contrato junto con el depositario. Se plantea la duda entonces sobre cuál es la intervención del posible destinatario de la cosa en el contrato de *escrow*. Al respecto, señala CARRASCO (2015:291-292) que en algunos contratos el comprador deposita en nombre y por cuenta del vendedor, en otros el comprador deposita por cuenta y nombre propio, en otros se denomina «depositante» al vendedor, o, en fin, se establece que el depósito es conjunto. En este sentido, el depósito no puede considerarse efectuado por el depositante en nombre y por cuenta del otro sujeto de la obligación principal, ni puede considerarse un contrato celebrado entre depositante y depositario a favor de tercero (art. 1257.II CC) pues en este el acreedor de la entrega es siempre el tercero, mientras que en el *escrow* el acreedor de la entrega se determina alternativamente en función de la producción del evento señalado en el *escrow*. Tampoco se trata de un supuesto de pluralidad de depositantes (art. 1772 CC), porque no existen dos sujetos que depositan conjuntamente y a los que deba restituirse también conjuntamente. Se aprecia en este punto la analogía entre el *escrow* y el secuestro convencional, en el que el depósito lo realiza solo una de las partes, la que ostente la posesión de la cosa, y no se le restituirá a este sino a quien corresponda alternativamente según el resultado de la controversia que enfrenta al depositante y a otro sujeto que se cree con derecho a la cosa. Para ROCA JUAN (1982:204), cabe entender que existe «una especie de acto jurídico colectivo previo en el que las voluntades de todos los que se creen con derecho a la cosa discutida, incluido el que la tiene, coinciden en que este constituya el depósito, bajo el presupuesto de que el depositario acepte entregarla a quien corresponda»³².

De forma similar, consideramos que la entrega en *escrow* ha de ser aceptada no solo por el depositante y el depositario sino también por el eventual destinatario de la cosa (el otro contratante del negocio principal)³³.

³¹ Como se indicó, cuando el *escrow* implica la entrega de un objeto, es habitual designar al *tradens* y al *accipiens* respectivamente como depositante y depositario, y al eventual destinatario de la cosa como beneficiario. Aquí se mantendrán dichas denominaciones, en aras a la claridad y a su distinción del *escrow* que no incluye entrega, aunque no se considera al *escrow* como una variante del contrato de depósito. Véase 4.2.

³² Este acuerdo explica que el depositante no tenga la facultad de solicitar la restitución por su voluntad, y que el depositario asuma la obligación de guarda no solo frente al depositante sino también frente a los demás.

³³ Incluso se ha llegado a considerar el contrato de *escrow* como un contrato trilateral, suscrito por las partes de un negocio jurídico principal y una tercera entidad depositaria, presentando cada una de ellas (depositante, beneficiario eventual de los bienes depositados y depositario *escrow*), un conjunto de intereses económicos propios, que esperan ver realizados a través del depósito, formando así tres partes formal y materialmente distintas (MORAIS,2007:165; BARASSI, 1991:294; MARTÍNEZ y FUZETA, 2006:66).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de febrero de 2013, ha venido a confirmar la necesaria intervención del eventual beneficiario en el contrato de *escrow*. En el caso, la vendedora alegaba (entre otros extremos) que no había intervenido en la elección de la entidad bancaria depositaria, denunciando la culpa *in eligendo* de la compradora-depositante, pues el precio se depositó en un Fondo de Inversión que generó pérdidas y disminuyó la suma depositada, que se correspondía con parte del precio de la compraventa que debía recibir. La sentencia, por el contrario, entendió acreditado que el contrato de depósito en garantía se celebró de mutuo acuerdo entre la compradora-depositante y la vendedora, consintiendo también la entidad bancaria depositaria, puesto que esta aceptó las obligaciones que se derivaban del mismo (de información, destino de los intereses, etc.)³⁴.

3.3. El agente de escrow: características y obligaciones

El agente de *escrow* ha de ser una persona, física o jurídica, con capacidad para contratar. La sentencia del Tribunal Supremo le añade, además, dos notas: la imparcialidad o neutralidad, que ha de entenderse como la ausencia de interés propio en el cumplimiento del contrato principal, en cuya verificación va a participar, y la confianza que suscita para las partes del contrato principal, que será uno de los motivos que les llevan a elegirle como agente de *escrow*.

Se ha señalado como habitual que sea una entidad bancaria quien asuma el papel de agente de *escrow*, pero en nuestra opinión dependerá de la concepción que se tenga del contrato. Si se adopta la configuración del Tribunal Supremo, sería improbable que un banco se obligara a verificar el cumplimiento de una o algunas obligaciones derivadas de un negocio principal y se encargara de realizar alguna gestión relacionada con dicho cumplimiento. Esta tarea parece más propia de intermediarios financieros o empresas especializadas.

No obstante, sí será frecuente la intervención de un banco cuando el *escrow* conlleve una entrega, habitualmente de una suma de dinero, que permanecerá en su poder hasta que se le acredite el acaecimiento del evento señalado en el contrato³⁵.

Otros sujetos, como notarios o abogados, pueden asumir, en principio, ambos roles, es decir, actuar como agente de *escrow* y también como depositarios. En el caso notarial,

³⁴ Afirma la citada sentencia: «Dicha cantidad efectivamente fue invertida en un Fondo de inversión como consta en autos, denominado SANTANDER CORTO PLAZO PLUS FIM. Debiendo resaltarse que en dicho contrato de Depósito en Garantía se establecía su indisponibilidad por las partes, a salvo del mutuo acuerdo por escrito de ambas, el derecho de información a ambas y que los réditos generados por dicho Fondo se incluirían en el mismo, sin que se contemplara posibilidad alguna de que los mismos pudieran ser entregados ni a la parte Compradora ni a la Vendedora, contemplándose un plazo fijo para la liberación del Fondo a favor de la Vendedora que era el 30 de Abril de 2009. Sentadas estas bases, en modo alguno puede estimarse que como alega la apelante, se viera forzada a constituir dicho Fondo...».

³⁵ CARRASCO, de hecho, presupone, basándose en la práctica, que el depositario siempre es un banco (2015:293). Es el caso de las SSAP Madrid de 6 de febrero de 2013 y 25 de febrero de 2016, ya citadas.

el depósito supone un acta de voluntaria aceptación (art. 216 Reglamento Notarial), y, aunque en la práctica sea habitual que el propio notario redacte el contrato de *escrow*, lo cierto es que no tiene por qué ser así necesariamente³⁶.

En cuanto a las obligaciones que asume el agente de *escrow*, se hace preciso diferenciar, una vez más, entre la configuración del *escrow* mantenida por la sentencia del Tribunal Supremo, y la que incluye la entrega como parte del contrato de *escrow*.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014, la intervención del agente de *escrow* se concreta en la prestación de una actividad, relacionada con la realización de una (o varias) de las prestaciones, cuyo exacto cumplimiento debe verificar. No obstante, no queda claro, a nuestro juicio, si este servicio se ciñe exclusivamente a la verificación del cumplimiento contractual, o a la realización de alguna actividad más. En el caso concreto, BOD Valores Casa de Bolsa C.A. se obligaba a comprobar la correcta transmisión de los títulos por parte de Banco Occidental de Descuento a la cuenta de valores designada por Banco Santander, y además a tramitar la orden de ejecución del Banco Santander en orden a transferir las acciones a Banco Occidental de Descuento. Ello induce a pensar que realmente el agente de *escrow* presta un servicio más allá de una simple comprobación o verificación de que se han cumplido las obligaciones derivadas del contrato principal, lo que además sería una función más propia de un árbitro.

Deberá quedar claro, en el contrato, cuáles son las prestaciones a las que se obliga el agente de *escrow* y por tanto cuáles son los límites del mandato (art. 1714 CC). En cuanto al traspaso de dichos límites, el Código Civil no lo considera como tal cuando «fuese cumplido de forma más ventajosa para el mandante que la señalada por este» (art. 1715 CC). Esto puede estar justificado cuando existe un único mandante, en cuyo interés actúa el mandatario, pero en el caso del contrato de *escrow*, en cambio, existen dos circunstancias especiales. Por un lado, las partes de un negocio principal acuden al contrato de *escrow* para coadyuvar en el cumplimiento de un negocio principal. El *escrow*, como ya se ha indicado, tiene carácter instrumental o accesorio respecto de aquel. Relacionado con esta característica, en segundo lugar, en el *escrow* existen dos sujetos en la posición del mandante, que persiguen ambos el cumplimiento del contrato principal, pero que tienen diferentes intereses en el mismo. Resultaría muy difícil imaginar una situación en la que el agente de *escrow* traspasase su encargo con

³⁶ Incluso el mismo notario podría haber sido el redactor del negocio principal, lo que puede justificar la confianza de las partes, pero debe prestarse atención a las circunstancias concretas para evitar un conflicto de intereses. Véase, sobre este extremo, <http://www.notariofranciscorosales.com/el-contrato-de-escrow>. Piénsese que cuando el notario actúa como depositario y ha redactado el contrato de *escrow* y el contrato principal, puede verse en la necesidad de interpretar si la condición pactada para la restitución del dinero u objeto depositado se ha cumplido, ante la falta de acuerdo al respecto entre las partes. Ante esta decisión, la parte que se considere perjudicada podría argumentar, por un lado, que el contrato de *escrow* no fue bien redactado, o, por otro lado, que el notario no ha sido imparcial en su interpretación (por ejemplo, por haber realizado más operaciones o tener relación previa con la parte favorecida por su decisión).

beneficio para ambos mandantes, teniendo en cuenta que, si se extralimita, puede frustrar o alterar el cumplimiento del contrato principal, o favorecer a una de las partes en detrimento de la otra. Por eso cobra especial relevancia que las partes hayan definido perfectamente la actividad que debe llevar a cabo el agente de *escrow*, y que le den instrucciones conjuntas sobre cómo llevarla a cabo, limitando o incluso anulando su capacidad de decisión.

En cuanto a estas instrucciones, el agente de *escrow* habrá de estar a las recibidas conjuntamente de los dos mandantes (art. 1719 CC, art. 254 CCo). Ante la falta o insuficiencia de estas, «hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia» (art. 1719.2º CC)³⁷. No obstante, en el caso concreto del *escrow*, la existencia de dos mandantes cuyos intereses en el negocio principal son contrapuestos hace aconsejable el pacto expreso por el que, ante la insuficiencia de instrucciones, el agente de *escrow* deba requerir obligatoriamente que ambos le impartan nuevas instrucciones de común acuerdo, excluyendo la posibilidad de actuar a su arbitrio.

Por su parte, cuando el *escrow* incluye la entrega de una cantidad de dinero o un bien, el tercero, al que habitualmente se designa como depositario o depositario *escrow*, asume obligaciones diversas. En primer lugar, recibe el objeto de una de las partes y se obliga a custodiarlo y, eventualmente, a administrarlo de acuerdo con las instrucciones que le hayan dado el depositante y el beneficiario del depósito (MORAIS, 2007:166).

También tiene la obligación de restituir la cosa que le haya sido entregada, o el *tantundem* si fuese una suma dineraria, al beneficiario del depósito o al depositante, en función del acaecimiento del evento o condición recogido en el contrato de *escrow*, que con frecuencia tiene que ver con el contrato principal. Deberá recogerse de forma detallada cuál es este evento o condición, y la forma en la que ha de acreditarse su producción al depositario: si es suficiente con una declaración unilateral del depositante, si es necesaria una notificación conjunta de depositante y beneficiario, o si depende de un tercero (un auditor que determine el patrimonio real de la empresa comprada, un proveedor que presente una factura por los bienes recibidos, etc.) (MARTÍNEZ y FUZETA, 2006:66)³⁸. En caso de discrepancia entre las partes sobre la producción de este evento, el depositario deberá continuar con su custodia, hasta que judicial o extrajudicialmente se determine a cuál de los sujetos corresponde definitivamente la entrega³⁹.

³⁷ En el caso de que el contrato tuviera carácter mercantil, el Código de Comercio obliga al agente de *escrow* a consultar a los comitentes, y, de no ser posible la consulta, o si estuviera autorizado a proceder a su arbitrio, «hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio» (art. 255.2º CCo).

³⁸ En el caso de la SAP de Madrid de 25 de febrero de 2016 la depositante obtuvo el reintegro de la suma depositada en la cuenta *escrow* tras notificar extrajudicialmente a la eventual beneficiaria la resolución del contrato principal, de préstamo, y del depósito en garantía, por falta de cumplimiento de las dos condiciones recogidas en dicho contrato (cuyo cumplimiento hubiera liberado los fondos a favor del beneficiario).

³⁹ Es lo sostenido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de diciembre de 2004 (RJ 2004\8130), en

También es posible, aunque se señala como poco frecuente, que el depositario asuma una función de árbitro, dirimiendo la discrepancia entre las partes en cuanto al acaecimiento de la condición o evento pactado (PROVAGGI, 1991:304).

3.4. El incumplimiento del agente de escrow

El Tribunal Supremo no se pronuncia respecto al incumplimiento del agente de *escrow*, porque en el caso concreto no se llegó a perfeccionar la compraventa de acciones ni, por tanto, el agente de *escrow* tuvo ocasión de desplegar su servicio. Pero sin duda es una de las cuestiones más relevantes de la figura.

3.4.1. Cuando el contrato de *escrow* no incluye entrega

De acuerdo con la configuración jurisprudencial del *escrow*, que no incluye la entrega, en caso de incumplimiento del agente de *escrow* resultan de aplicación las disposiciones propias del mandato, por constituir este la fuente de integración de la figura.

El agente de *escrow*, en cuanto mandatario o comisionista, queda obligado por su aceptación a cumplir el encargo, actuando en interés del mandante, siempre dentro de los límites del mandato y con arreglo a las instrucciones recibidas⁴⁰. El incumplimiento o cumplimiento defectuoso del mandatario genera su obligación de responder por los daños y perjuicios originados al mandante (art. 1718.1º CC, art. 252 CCo), mediando dolo o negligencia (art. 1726 CC, art. 256 CCo) debiendo tenerse en cuenta para establecer el estándar de diligencia si el contrato fue gratuito o retribuido. En el caso del *escrow*, al situarse la actuación del agente de *escrow* en la ejecución del contrato principal, los daños provocados por el incumplimiento de este estarán relacionados con el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato principal.

3.4.2. Cuando el contrato de *escrow* incluye entrega

Cuando el contrato de *escrow* (de acuerdo con la concepción del Tribunal Supremo como una variante del mandato) lleve aparejada la entrega de una cosa al agente de *escrow*, o bien cuando se configure directamente el *escrow* como un contrato comprensivo de dicha entrega, ¿qué ocurre si el agente de *escrow* incumple su obligación y no restituye la cosa al sujeto que corresponda? El Código de Comercio prevé el supuesto en el que el comisionista haya recibido efectos del comitente, y establece la responsabilidad de aquel en caso de que los bienes sufran daños o los fondos recibidos sean aplicados a una finalidad distinta a la de la comisión (arts. 264 a 266 CCo). Pero en el caso del *escrow*, hay dos posibles sujetos con derecho a recibir la

relación al depósito a favor de sujeto alternativamente determinado. Sobre la relación entre esta figura y el *escrow*, véase nota 41.

⁴⁰ El Código de Comercio prevé expresamente que el incumplimiento de las instrucciones dará lugar también a la obligación de responder por los daños ocasionados (art. 256 CCo), e incluso si por seguir las instrucciones se contraviene alguna norma legal o reglamentaria, responderá el comisionista, en este caso junto a los comitentes (art. 259 CCo).

cosa, alternativamente determinados según el acaecimiento del evento pactado, y las normas citadas no resuelven una cuestión fundamental que es determinar qué sujeto asume el riesgo de pérdida de la cosa o insolvencia del depositario *escrow*, si el depositante o el eventual beneficiario del depósito.

La respuesta depende del efecto que se atribuya a la entrega, y del objeto entregado, que puede ser el objeto debido en la prestación principal, o un objeto distinto.

En el primer caso, cuando las partes convienen que el objeto de la prestación a realizar por el deudor sea entregado a manos de un tercero neutral y de confianza, se ha señalado que el contrato de *escrow* (también denominado depósito *escrow* o cuenta de *escrow*) cumple una función de garantía de la obligación principal, o bien una función solutoria⁴¹. Para DE REINA (2007:2-3), el depósito *escrow* supone una variedad de contrato de depósito, que cumple esa doble función. En primer lugar, sostiene que «la transferencia que hace el comprador no tiene otra finalidad que solventar el precio estipulado para la adquisición», por lo que el depositario actuaría como un tercero indicado para recibir el cobro (art. 1162 *in fine* CC), y, en segundo lugar, la función de garantía se produce «a partir del inmediato bloqueo temporal de los fondos depositados y del simultáneo nacimiento de un crédito restitutorio condicional en cabeza del depositante».

El término garantía, en sentido estricto, se reserva para aquellos medios que refuerzan las posibilidades del acreedor de ver satisfecho su crédito mediante la atribución a este de «un nuevo derecho subjetivo o en una nueva facultad que se yuxtapone al derecho de crédito cuya satisfacción se quiere asegurar» (DÍEZ-PICAZO, 2008:455; LACRUZ, 1981:723). Atendida esta definición, ha de concluirse, con CARRASCO (2015: 293-294), que el *escrow* no constituye una verdadera garantía, pues, frente a terceros, 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. En efecto, cuando se entrega una cantidad de dinero, esta es adquirida por el depositario, y ni el depositante ni el depositario tienen mecanismo para impedir que la suma pueda ser embargada por terceros, acreedores del depositario, y aquel que resulte acreedor del derecho a la restitución del *tantundem* ostentará contra el depositario un derecho de crédito sin privilegio alguno⁴².

⁴¹ En este caso, el *escrow* coincide con la figura denominada depósito a favor de sujeto alternativamente determinado, que, en palabras de MORAIS (2007:81) comprende «todos los casos en que siendo incierto que una determinada cosa deba o no ser entregada a un tercero (por ej. el precio debido en una compraventa sujeta a condición suspensiva) las partes acuerdan que una de ellas (el posible deudor) deposite la cosa que eventualmente deberá ser prestada, a una persona de confianza de ambas, a quien se le dan instrucciones para, en función de la verificación o no de la referida condición, entregue al tercero o, a la inversa, restituya al depositante». En similares términos la definen LUMINOSO (1981:428-429) y GRISI (1999:318 y ss.).

⁴² Si el objeto debido es una cosa específica, puede ser embargado por un acreedor del depositante, sin que el eventual beneficiario pueda tampoco impedirlo. El beneficiario de la entrega se encuentra, pues,

En la relación entre comprador y vendedor, no obstante, subraya CARRASCO (2015:294) que la figura tiene una finalidad clara de aseguramiento:

«entre sí no se requiere tal garantía real, pues la garantía definitiva para cada uno de ellos es que el crédito contra el depositario solo nace si se realiza la contingencia que aparece como presupuesto de este derecho, y que, por definición, tendrá lugar cuando el derecho de la otra parte esté satisfecho o no haya cuestiones pendientes entre ellos»⁴³.

En definitiva, el *escrow* no es una garantía real sino una figura de naturaleza obligacional, sin efectos frente a terceros, siendo su función el aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones⁴⁴.

La existencia de un negocio principal en el que la prestación debida por el deudor no es todavía exigible, por depender de la producción de cierto evento o condición, y la circunstancia de que lo entregado por el deudor al depositario *escrow* sea precisamente el objeto de aquella obligación principal, que habrá de entregar al acreedor si se verifica el evento o condición relativa a dicho negocio, justifican que se haya señalado el carácter solutorio de la entrega al depositario *escrow*. En este caso, el depositario actuaría como un tercero autorizado para recibir el pago (art. 1162 CC). Como señala CARRASCO (2015:292), el comprador que paga a un tercero habilitado para recibir el pago, en realidad paga al acreedor, aunque con un sistema de bloqueo⁴⁵.

Consecuentemente, la entrega de lo debido al depositario supone la liberación del deudor-depositante y que el riesgo de incumplimiento por parte del depositario, por la pérdida del objeto depositado o la apropiación de los fondos, lo asuma el acreedor-beneficiario del depósito⁴⁶.

en la misma posición que si la cosa hubiera permanecido en manos del depositante.

⁴³ Coincide con él LICINI (1996:44). MARTÍNEZ y FUZETA (2006:57) denominan «garantías aparentes», a estas figuras que ostentan una mera eficacia obligacional, y que en consecuencia producen efectos de aseguramiento solo entre el deudor y el acreedor, que en nada acrecientan la garantía general del acreedor.

⁴⁴ Para MORAIS (2007: 219-225) sí existe una auténtica garantía cuando el contrato coligado al *escrow* esté sujeto a condición. El beneficiario del depósito ostenta una posición de acreedor eventual, y la garantía consiste, por un lado, en la pérdida de disponibilidad sobre la cosa por parte del depositante (eventual deudor) y, además, en la posibilidad del beneficiario de reclamar la restitución al depositario, al tiempo que conserva la posibilidad de ir contra el deudor-depositante. Es decir, en su opinión se produce una duplicación de las posiciones deudoras gracias al depósito *escrow*.

⁴⁵ Señala otra posibilidad, que es que el deudor deposite en su propio nombre con una cláusula de estipulación en favor de tercero, pero en este caso a nuestro juicio la figura constituiría un contrato a favor de tercero y no un *escrow*.

A favor del efecto solutorio de la entrega se han pronunciado también DE REINA (2007:2) y MORAIS (2007:224) aunque para este, el efecto solutorio solo se produce cuando el negocio principal no esté sujeto a condición.

⁴⁶ En la práctica, cuando el papel de depositario lo asuma una entidad bancaria, el riesgo de insolvencia, aunque existe, es mínimo. No así cuando los sujetos sean otros, aunque cabe también la posibilidad de aseguramiento frente a la posible pérdida del objeto, o frente a la insolvencia del depositario.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de febrero de 2013 es la única resolución que se ha pronunciado sobre la pérdida, en este caso parcial, de la suma depositada en *escrow*⁴⁷. En el caso, en el contexto de una compraventa de unos restaurantes, se convino que, en lugar de entregar la suma total del precio a los vendedores, parte del mismo (900.000€ aproximadamente) se depositara por la compradora, Grupo Zena, en un fondo de inversión hasta cierta fecha, en garantía de posibles reclamaciones que pudiera efectuar la compradora a los vendedores. El Fondo de inversión sufrió pérdidas, siéndoles entregados a los vendedores, a la fecha señalada para la liberación de los fondos, 150.000€ menos de los depositados, pérdida que, de acuerdo con la sentencia, recae sobre los vendedores-beneficiarios del depósito *escrow*, al haber quedado liberada la compradora por medio del depósito:

«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 realizado cumplido pago de la cantidad pactada contractualmente, que en modo alguno se ligó en el contrato suscrito, al resultado del Depósito constituido».

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el sujeto titular del derecho a la entrega del *tantundem* depositado no siempre es el acreedor-beneficiario del *escrow*. El contrato principal puede estar sujeto a una condición resolutoria⁴⁸, o ejercitar el deudor-depositante su facultad de resolución cuando el contrato conlleve obligaciones recíprocas, y el acreedor-beneficiario del depósito no haya cumplido la suya (art. 1124 CC)⁴⁹. Resuelta la obligación sinalagmática, procede la recuperación de las prestaciones y, por tanto, el depositante es el titular de la obligación de restitución a cargo del depositario. No hay razón para que el acreedor-beneficiario del contrato de *escrow* asuma la posible insolvencia del depositario, pues nunca ha llegado a recibir el objeto o la suma depositada. Así pues, en este caso, el riesgo deberá asumirlo el propio depositante.

Por último, cabe pensar en la posibilidad de que el depositario deba restituir una parte al depositante y entregar otra parte al beneficiario, en función del cumplimiento del evento designado en el *escrow*. Cabe imaginar que, en el caso de la sentencia últimamente citada, de los 900.000€ depositados, a la compradora le correspondieran 100.000€, por haberse producido efectivamente alguna reclamación a los vendedores, y que a los vendedores les correspondieran los restantes 800.000€ del precio, manteniendo el fondo de inversión un valor de solo 750.000€. De acuerdo con lo arriba

⁴⁷ Ya citada, véase nota 20.

⁴⁸ Como ocurría en el supuesto de la SAP de Madrid de 25 de abril de 2016, en el que el contrato se resolvió por no haberse cumplido las dos condiciones alternativas que se habían convenido, restituyéndose los fondos a la depositante (nota 20).

⁴⁹ Sería el caso de una compraventa realizada entre ausentes, por ejemplo, a través de internet, en la que el comprador deposita el precio en manos de una empresa especializada hasta la correcta recepción del bien comprado, lo que no llega a suceder.

indicado, la obligación de pago de la compradora ha quedado extinguida con el depósito del precio, por lo tanto, en defecto de pacto, la vendedora no puede reclamarle la cantidad que falta del precio. Y la obligación de entrega de los restaurantes por parte de los vendedores también ha quedado cumplida. Así que, atendiendo a lo pactado en el *escrow*, el depositario deberá entregar a cada uno su parte y la pérdida de valor del fondo deberá ser asumida a prorrata por cada uno de los acreedores de la obligación de restitución, compradora y vendedores, sin perjuicio de la reclamación al depositario si existiera una conducta negligente en la guarda (art. 1766 CC) o administración de los fondos (art. 1726 CC).

Resta aludir a la naturaleza de este *escrow*, concebido como un contrato único que comprende la entrega del objeto debido en la relación principal a un depositario, respecto al que se ha señalado que constituiría una variedad de contrato de depósito (DE REINA, 2007:2), o un contrato mixto, con elementos del contrato de depósito y del contrato de mandato (por ejemplo, cuando el depositario se encarga de administrar valores mobiliarios en tanto llega el evento pactado) (MORAIS, 2007: 274-277). Sin embargo, es contradictorio sostener que la entrega tenga función solutoria y al mismo tiempo exista un contrato de depósito, pues la entrega al depositario hace surgir siempre un crédito a la restitución en favor del depositante, mientras que el pago produce la extinción de la obligación (GRASSETTI, 1941:100-101). Tampoco se reúnen en este caso el resto de elementos que definen el contrato de depósito, más allá de la existencia de una obligación de custodia en el depositario *escrow*⁵⁰. Es por ello que no pueden aplicarse de forma supletoria al *escrow* las normas del contrato de depósito, salvo aquellas que regulen la obligación de guarda del depositario⁵¹.

No se puede dejar de mencionar, al menos, que también se ha propuesto considerar el *escrow* como un negocio de naturaleza fiduciaria, en el que el depositario ostentaría una propiedad fiduciaria sobre los bienes, que pasarían a integrar un patrimonio separado inatacable tanto por los acreedores del depositante como por los del depositario (PROVAGGI, 1991:301-302), a semejanza de lo que ocurre en el *trust*, aunque tal configuración no es posible, hoy por hoy, en nuestro ordenamiento⁵².

Procede ahora analizar aquellos casos en los que lo depositado en *escrow* no sea la prestación debida en el negocio principal, cuyo ejemplo más destacado es el del *escrow* informático. En este, el creador del programa no deposita lo debido en el negocio principal (habitualmente un contrato de licencia), que se ejecutará con independencia del *escrow*. Lo que se deposita es el código fuente del programa objeto de licencia,

⁵⁰ La guarda no se realiza en interés preponderante del depositante, ni este puede pedir la restitución de la cosa a su conveniencia. Sobre los elementos esenciales en el contrato de depósito, véase OZCÁRIZ (1997:115 y sig.) y ROCA JUAN (1982: 167 y sig.).

⁵¹ Lo reconoce el propio MORAIS (2007-282), que excluye la aplicación al *escrow* de aquellas normas relativas al depósito que presupongan el interés preponderante del depositante.

⁵² Como lamenta CARRASCO (2015: 294). Fundamentalmente por el desdoblamiento del derecho de propiedad que se produce en el *trust* entre una propiedad formal (*legal ownership*) y una propiedad real (*beneficial ownership*). Véase DE ARESACOCHAGA (2000: 127).

para asegurar que el licenciario no pueda alterarlo o apoderarse del *know-how*, mientras que al licenciario le asegura frente a la actitud renuente al cumplimiento de sus obligaciones de mantenimiento o actualización del creador del programa, o incluso frente a desaparición de este (CARRASCOSA et. al, 2000:232-233). El depósito del código fuente en manos de un tercero responde a una precaución o autotutela de ambas partes, y pretende asegurar el buen fin de la relación negocial, pero la entrega no tiene función solutoria pues las prestaciones del contrato son otras. El licenciario del programa solo tendrá derecho a que le sea entregado el código fuente en los supuestos pactados, que estarán relacionados con el incumplimiento del creador del programa.

Existiendo obligación de guarda en el depositario, se aplican las normas generales en cuanto a la pérdida de la cosa debida, por remisión del artículo 1766 del Código Civil⁵³. Por ello, el depositario quedará liberado si se destruye la cosa sin su culpa y antes de haberse constituido en mora (art. 1182 CC). Si la cosa se pierde, en cambio, por culpa del depositario, deberá indemnizar los daños y perjuicios (art. 1096.1 y 1101 CC, art. 306.II CCo). A la hora de valorar el nivel de diligencia exigible al depositario, se han de tener en cuenta la naturaleza del objeto depositado, y las medidas de seguridad exigibles, como puede ser el almacenamiento en servidores externos, la existencia de copias de seguridad, etc.⁵⁴. Esta pérdida será asumida por el sujeto que resulte titular del derecho a la entrega o restitución del bien depositado, determinado de acuerdo con la producción del evento o condición pactados en el contrato (por ejemplo, el incumplimiento por parte de la creadora del software de su obligación accesoria de actualización del programa, la desaparición de dicha empresa, etc.).

4. CONCLUSIONES

1. El *escrow* es un contrato cuyo origen se sitúa en la actividad inmobiliaria en Estados Unidos, cuyo objetivo es asegurar la ejecución de un contrato principal, principalmente cuando las prestaciones no son inmediatamente exigibles o necesitan de varias actuaciones. Se trata de un contrato celebrado entre los sujetos de un negocio principal, ya celebrado y válido, y un tercero ajeno a dicho negocio. Este tercero,

⁵³ El reglamento notarial no establece nada al respecto, y, siendo el depósito de voluntaria aceptación por los notarios, se rige por las normas comunes del contrato de depósito, como declara la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de abril de 1994 (RJ\1994\10725).

Las disposiciones relativas al mandato no aportan nada reseñable al supuesto de pérdida de la cosa en manos del mandatario. El Código Civil, en sede de mandato, no contempla la entrega de cosas al mandante. El Código de Comercio, por su parte, establece que si el comisionista ha recibido efectos o mercaderías del comitente, no responderá del deterioro o destrucción de los mismos si son debidos a caso fortuito, fuerza mayor, transcurso del tiempo o vicio propio de la cosa.

⁵⁴ En esta línea, el artículo 216 del Reglamento Notarial dispone en su párrafo 2º que, «la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en el artículo 113.3 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, podrá acordar, cuando innovaciones técnicas lo hagan aconsejable, el traslado sistemático del contenido de documentos informáticos depositados a un nuevo soporte, más adecuado para su conservación, lectura o reproducción, dictando las normas que garanticen la fiabilidad de las copias. En todo caso, deberá citarse a los interesados, quienes podrán oponerse retirando el documento».

escrow holder, recibirá por parte del *grantor* documentos o cantidades dinerarias, que deberá conservar hasta que se produzca cierto evento o condición señalados en el contrato de *escrow*, debiendo entregarlos al *grantee* o restituirlos al *grantor* en función de que se verifique dicho evento.

2. El Tribunal Supremo (Sala 1ª), en su sentencia de 24 de octubre de 2014, ha sostenido que el contrato de *escrow* supone un contrato accesorio o instrumental de otro negocio, dentro del marco de operaciones negociales complejas. Su función, de acuerdo con esta sentencia, es la de procurar un aseguramiento del cumplimiento contractual proyectado, o de algunas de sus prestaciones, gracias a la intervención de un tercero neutral, cuya actuación se despliega en la fase de ejecución de la prestación objeto de verificación, no siendo la constitución de un depósito elemento integrante de la tipicidad básica del *escrow*. Al consistir la prestación del agente de *escrow* en la realización de un encargo o un servicio, para el Tribunal Supremo el régimen que inspira el contrato y actúa como supletorio, en consecuencia, es el del contrato de mandato o más ampliamente, el de la prestación de servicios.

3. Sin embargo, esta configuración del *escrow* parece no coincidir con la realidad práctica, en la que la entrega de un objeto al tercero es un elemento constante. Puede salvarse este obstáculo considerando que si existe entrega de una cosa específica o de una suma dineraria, al contrato de *escrow*, entendido como un mandato, se le añade un contrato de depósito. Para otros autores, en cambio, esta es la configuración genuina del *escrow*, y, desde luego, es la que se aproxima más a su modelo anglosajón. En cualquiera de los dos casos, lo cierto es que los pronunciamientos de la sentencia de 24 de octubre de 2014, al no contemplar la entrega al agente de *escrow*, resultan insuficientes.

4. Uno de los aspectos problemáticos respecto al contrato de *escrow* es la de los sujetos que han de intervenir en el mismo. El Tribunal Supremo se refiere al agente de *escrow* como un «tercero», pero esta consideración tiene sentido exclusivamente desde las ópticas del contrato principal o del conjunto negocial que conforman dicho contrato principal y el *escrow*, en cuyo diseño no participa el agente de *escrow*. Sin embargo, aquí se ha sostenido que para la perfección del contrato de *escrow*, en cuanto contrato autónomo del negocio principal, es imprescindible el consentimiento del agente de *escrow*, tanto si se considera que la figura comprende la entrega de un objeto como si no. Si el *escrow* se considera un mandato, los dos sujetos de la relación principal asumirán la posición de mandantes, pues ambos ostentan interés en el cumplimiento del encargo por parte del agente de *escrow*. Cuando se contemple la entrega como parte integrante del *escrow*, aunque materialmente sea uno de los contratantes del negocio principal quien realice la entrega al depositario *escrow*, es necesario el acuerdo con el otro sujeto de la relación principal, posible destinatario de la cosa.

El agente de *escrow* ha de ser un sujeto imparcial y de confianza de las partes, que, en la concepción del Tribunal Supremo respecto al *escrow*, se obliga a realizar una

actividad relacionada con la ejecución del contrato principal, conforme a las instrucciones conjuntas impartidas por las partes de aquel. En el caso de que el *escrow* incluya la entrega de una suma de dinero o de un objeto, el depositario *escrow* queda obligado a su custodia y a su entrega al sujeto que corresponda, después de que se le haya acreditado, en la forma pactada en el contrato, el acaecimiento del evento señalado en el contrato de *escrow*.

5. Otro punto conflictivo en el *escrow* es el del incumplimiento del depositario *escrow*, principalmente cuando se le haya entregado una suma de dinero y devenga insolvente. Cuando lo depositado es el objeto debido en la obligación principal, acordándose el *escrow* para coadyuvar en su ejecución, la entrega al depositario produce efecto solutorio para el deudor-depositante, por lo que el acreedor deberá soportar el riesgo de pérdida o insolvencia del depositario, sin que pueda exigir un nuevo pago al deudor. No obstante, si el negocio principal queda resuelto, el sujeto titular del derecho a la restitución por parte del depositario es el deudor-depositante, que asumirá, en este caso, el riesgo de incumplimiento de aquel.

Si, en cambio, lo depositado es un objeto diferente al debido en la obligación principal, la entrega no tiene carácter solutorio y se aplicarán las normas generales sobre la pérdida de la cosa, por remisión del artículo 1766 del Código Civil, pérdida que asumirá la parte que resulte acreedora del derecho a la entrega frente al depositario.

6. Como reflexión final, se constata que el *escrow* puede ser de gran utilidad en el ámbito de la ejecución de contratos complejos, o con prestaciones aplazadas, e incluso puede actuar como una alternativa a la exigencia al deudor de una auténtica garantía (como un aval o una prenda de créditos), como señaló la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de febrero de 2016. Ello augura una mayor utilización del contrato de *escrow* en el futuro, y en ámbitos diversos, lo que determinará que vaya definiéndose su «tipicidad básica», decantándose, entre otras cosas, por considerar si la entrega de un objeto a un tercero es un elemento esencial del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*. 14ª edición, Edisofer, Madrid, S.L., 2011.

BARASSI, Ludovico, «Depositati fiduciari di Somme o di titoli: fiducia, mandato, agency *escrow*», en AAVV, *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Giuffrè editore, Milano, 1991, pp. 271-290.

BENTLEY, Byron Robert, *Real Estates Law with cases text and forms*, 3ª ed., 1955.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl, «El contrato de agencia», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (director), *Contratos mercantiles*, Tomo I, 5ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 676-725.

BOGERT, George Gleason, «Trusts and escrows in credit conveyancing», *Illinois Law Review*, March, 1927, pp. 655-689.

CARRASCO PERERA, Ángel, «La prenda de créditos», en CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna, MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Tratado de los derechos de garantía*. Tomo II, 3ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 223-294.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Las representaciones y garantías», en ÁLVAREZ ARJONA, Jose María (director) *Capital riesgo (Private equity)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp.345-397.

CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín, POZO ARRANZ, Mª Asunción, RODRÍGUEZ DE CASTRO, Eduardo Pedro, *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, 3ª ed., Comares, Granada, 2000.

DE ARESPOCHAGA, Joaquín, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Barcelona, 2000.

DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, «El escrow account: contrato y garantía», *Actualidad Civil*, nº 1, 2007. Documento electrónico obtenido de www.laleydigital.es.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Las particulares relaciones obligatorias*, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2010.

GARRISON, Roger. K., «Agency and escrow», *Washington Law Review*, nº 46, 1951, pp. 46-54.

GIBSON, N. *Essential Finance*, Wiley, 2003.

GRASSETI, Cesare, «Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario», *Rivista di diritto civile*, marzo-abril 1941, pp. 97-110.

GRISI, Giuseppe, *Il deposito in funzione di garanzia*. Università degli Studi di Parma. Annali della Facoltà di economía, editor. Dott. A, Giuffrè Editore, Milano, 1999.

LACRUZ BERDEJO, Jose Luis, «La causa en los contratos de garantía», *RCDI*, nº 544, 1981, pp. 709-756.

LICINI, Cesare, «Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile», *Riv. notariato*, fasc.5, 1996, documento electrónico obtenido de la base de datos DeJure – Giuffrè, www.iusexplorer.it.

LUCIANI, Aldo Marco, «Escrow», *Contratto e impresa*, fasc. 2, 2005, pp. 801-824.

LUMINOSO, Angelo, «Deposito irregolare presso il terzo e depositi irregolare a scopo di garanzia», *Giurisprudenza Commerciale*, Anno VIII (1981), pp. 425-451.

LUSK, Harold F., FRENCH, William B., *Law of the Real Estate Business*, 5ª ed. R.D. Irwin, 1984.

MANN, John, «Escrows – Their use and value», *U. Ill L.F.*, 1949, pp. 398-422.

MORAIS ANTUNES, Joao Tiago, *Do contrato de depósito escrow*, Almedina, Coimbra, 2007.

OZCÁRIZ MARCO, Florencio, *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)*, Jose María Bosch, Barcelona, 1997.

PENNER, J.E. *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

PLAZA PENADÉS, Javier, «El contrato de escrow», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 37, enero-abril 2015, pp. 19-23.

PROVAGGI, Gabriella, «Agency escrow» en AAVV, *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, Giuffrè editore, 1991, pp. 291-308.

ROCA JUAN, Juan, «Artículos 1758-1789», en AAVV *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXII, Vol. I., ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia, (Directores), Revista de Derecho Privado, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, pp. 162-318.

ROMANO MARTÍNEZ, Pedro, FUZETA DA PONTE, Pedro, *Garantias de cumprimento*, 5ª edição, Libreria Almedina, Coimbra, 2006.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, «Contratos de intermediación», en AAVV, *Contratos mercantiles*, DE LA CUESTA RUTE, Jose María (Director), VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo (coordinador), 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2009, pp. 671-761.

Fecha de recepción: 08.11.2016

Fecha de aceptación: 23.12.2016