

# El Escrow

Dan Nakamura Velasquez\*

*"En el presente artículo el autor define y desarrolla las características del Contrato de Escrow, analizando también la evolución de la institución desde su origen como práctica bancaria anglosajona, hasta su importante reglamentación realizada en Puerto Rico. A su vez presenta las diferencias más relevantes en el contrato de fideicomiso y el contrato de depósito."*

## Sumario

### Introducción.

#### I. El Contrato de Escrow.

##### I.1.- Definición

##### I.2.- Orígenes y evolución

##### I.3.- Naturaleza Jurídica

#### II. El Contrato de Escrow frente a otras figuras jurídicas.

##### II.1.- Contrato de Fideicomiso de Garantía

##### II.2.- Contrato de Depósito

#### III. El servicio del Escrow

#### IV. Puede el Escrow considerarse una garantía mobiliaria?

#### V. Praxis.

#### VI. Conclusiones y recomendaciones.

### Introducción

Como es sabido, en las operaciones de fusiones y adquisiciones de empresas, y/o en las operaciones de transferencia de activos en general, dada la asimetría informativa entre el "enajenante" y el "adquiriente" sobre los activos y pasivos que se transfieren, este último asume los riesgos derivados de la operación, los cuales se traducen en contingencias vinculadas a diversos aspectos como el tributario, laboral, judicial, entre otros.

Sin importar qué tan exhaustivo, minucioso, y diligente pueda ser el análisis que se realice al momento de

llevar a cabo el due diligence correspondiente, siempre existe alguna posibilidad de riesgos no previstos al momento de llevarse a cabo la fusión o la adquisición de activos y que serían recién conocidos una vez que se comienza a operar el negocio.

Si bien es cierto que es posible pactar contractualmente (para) que el enajenante asuma los costos derivados de las contingencias no previstas al momento de llevarse a cabo la transferencia, existe también el riesgo que transcurrido cierto plazo, no sea posible exigir el pago correspondiente por factores diversos (no es posible encontrar al enajenante, no cuenta con patrimonio para asumir las obligaciones, etc.) o que el mismo no se haga de manera oportuna, toda vez que la exigencia del cumplimiento de la obligación pueda terminar en un proceso judicial por inejecución de obligaciones que dure años sin que la empresa perjudicada vea un centavo antes de la ejecución de sentencia.

En ese sentido, con la finalidad de superar estos inconvenientes, se ha venido utilizando un mecanismo que permite reducir estos riesgos asumidos por el adquirente, de forma tal que éste puede tener la seguridad que si se dan una serie de condiciones no previstas o no deseadas al momento de la transferencia, los costos derivados de esas contingencias sean asumidos por el enajenante con cargo a una suma de dinero depositada en una cuenta inmovilizada por un plazo determinado y bajo la custodia de un tercero.

Nos referimos a las denominadas "cuentas Escrow", o "cuentas en Plica", cuyos orígenes, evolución y utilidad explicaremos en las siguientes páginas.

## I.- EL Contrato de Escrow

### I.1.- Definición:

En la medida que se trata de un contrato producto

\* Abogado egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios de especialización en Finanzas & Derecho Corporativo en la Universidad de ESAN. Miembro del Directorio de Corporación de Industrias Plásticas S.A.

de la práctica comercial norteamericana, veremos primero algunas definiciones existentes en el medio:

a.- Es una garantía bloqueada administrada por una institución bancaria a favor del beneficiario, que resulta ejecutable en caso de cumplimiento de una o varias condiciones previamente establecidas. (Enciclopedia de Términos Jurídicos Español-Inglés, 1997)<sup>1</sup>.

b.- Es un depósito que garantiza un acuerdo o un contrato entre dos partes que, para mayor seguridad, se efectúa acerca de una tercera parte que goza de la confianza de ambos contratantes. Al hacer el depósito, las partes imparten, de común acuerdo, instrucciones precisas al depositario respecto al destino del depósito en caso de no cumplimiento, por una de las partes, con los términos del contrato.

El depósito suele hacerse en un banco que actúa como fideicomisario. Sin embargo, otras instituciones (como una inmobiliaria, o un estudio de abogados) también pueden estar autorizadas a recibir depósitos en Escrow.<sup>2</sup>

c.- Una cuenta Escrow es, en efecto, un trust fund mediante el cual se reduce la posibilidad de interferir en los flujos de un proyecto que se depositen en esa cuenta.<sup>3</sup>

d.- Está conformada por fondos retenidos o custodiados por un tercero, quien se encarga de recibir, resguardar y distribuir los fondos en función de lo dispuesto en un contrato o de una obligación entre dos partes.<sup>4</sup>

e.- La "Cuenta Plica" es una cuenta especial administrada por un agente autorizado, y separada de la cuenta de su titular, donde deben efectuarse sin demora los depósitos de efectivo pertenecientes a terceros destinados a garantizar el cumplimiento de obligaciones inmobiliarias.<sup>5</sup>

f.- Es una cuenta donde el dinero es retenido en custodia (in Escrow) hasta que ciertas condiciones se cumplan, como por ejemplo, un contrato o la llegada efectiva de bienes.<sup>6</sup>

En ese sentido, podemos afirmar que el contrato de cuenta Escrow consiste en uno mediante el cual se constituyen o depositan fondos en una cuenta determinada, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación. Dichos fondos se

encuentran custodiados por un tercero, el cual, de acuerdo a las instrucciones recibidas, se encargará de realizar una serie de pagos en favor de un beneficiario y, luego de cumplidas ciertas condiciones.

En general una cuenta Escrow se crea para la custodia de activos por una persona imparcial, (denominado Agente Escrow) quien retiene dichos activos hasta que se cumplan las condiciones legales predeterminadas en el Contrato Escrow.

La cuenta Escrow generalmente se usa en transacciones de bienes raíces, en las que el dinero depositado se mantiene en una cuenta Escrow hasta que los términos y condiciones de la venta se hayan cumplido. Estos documentos también se usan en transacciones de negocios para prevenir el fraude, cuando el comprador y el vendedor no se conocen. Esta cuenta es también importante en fusiones y adquisiciones, cuando un porcentaje del precio de compra de una compañía puede depositarse temporalmente en una cuenta Escrow como protección contra contingencias desconocidas.

**"(...) En general una cuenta Escrow se crea para la custodia de activos por una persona imparcial, (denominado Agente Escrow) quien retiene dichos activos hasta que se cumplan las condiciones legales predeterminadas en el Contrato Escrow."**

En todos los casos, el contrato de Escrow implica una relación fiduciaria entre el Agente Escrow y las otras dos partes integrantes, lo que exige integridad y objetividad. Los Agentes Escrow cobran honorarios por estos servicios, los cuales varían según el tiempo invertido, la redacción del contrato Escrow y la ejecución del mismo. Tratándose de los casos de negocios de hipotecas, el propósito de estas cuentas es asegurar el pago puntual de impuestos a la propiedad y pólizas de seguros.<sup>7</sup> Asimismo, en los Estados Unidos de América, el amplio uso de este tipo de cuentas en los negocios hipotecarios, trajo como consecuencia el establecimiento de un marco normativo que regulaba diversos aspectos entre las partes intervinientes en el contrato, tal y como se puede apreciar de la Real Estate

1 Enciclopedia de Términos Jurídicos Español-Inglés, 1997.

2 MARCUSE, Robert. Diccionario de términos financieros & bancarios. Ecoe Ediciones, cuarta edición, 2002, p. 68.

3 S. C. McCarthy y R. L. K. Tiong. Financial and contractual aspects of build-operate-transfer projects. En: International Journal of Project Management, vol 9, N° 4, November 1991, p. 224. 222 - 227.

4 MILLS, Edwin S. The Functioning and regulation of Escrow Accounts. En: Housing Policy Debate, vol. 5, Issue 2, 1994, p. 204.

5 Estatuto Revisado del Estado de Kentucky No. 324.111.

6 Bloomsbury Business Library - Business & Management Dictionary, 2007, p2846-2846, 1p

7 HENDERSHOTT, Patrick H. y Kevin E. VILLANI. Escrow Accounts and mortgage Servicing Contracts. En: Journal of Financial Services Research 59-76, 1994, p. 69.

8 BABBAR, Suman y SCHUSTER John. Power Project Finance. Experience in Developing Countries. En: Project Finance and Guarantees Department Resource Mobilization and Cofinancing Vice Presidency, January 1998. RMC Discussion Paper Series, N° 119, p. 35

Settlement Procedures Act of 1974.

En lo particular, este tipo de cuentas otorgan un mecanismo financiero que permite al adquirente tener un monto disponible para afrontar las contingencias no previstas, dándole mayor seguridad al momento de realizar la transacción.<sup>8</sup>

### 1.2.- Orígenes y Evolución

Esta clase de cuentas procede de la práctica bancaria anglosajona, especialmente de la norteamericana, y fue originalmente diseñada para funcionar en el préstamo con garantía inmobiliaria, y en los sistemas de garantía para el cumplimiento de obligaciones tributarias, estableciéndose las primeras prácticas a mediados de la década de los años 50. Poco a poco, su uso se ha extendido a otros sistemas jurídicos y a toda clase de transacciones; y en la última década ha tenido amplia utilización en la práctica bancaria española y europea en general, si bien es un aspecto poco tratado en la doctrina y la jurisprudencia europea actual.<sup>9</sup>

Se indica que la jurisprudencia norteamericana ha definido la cuenta Escrow como un documento escrito, el cual, según sus términos, significa una obligación legal y se deposita por el garante, promotor o obligado, o su agente, con un tercero para que se mantenga por el depositario hasta el cumplimiento de una condición o la ocurrencia de un hecho determinado, y después sea entregado al beneficiario de la promesa.

Como se observa, se refiere este concepto al objeto de depósito en la cuenta en sí, el cual en sus orígenes fue un documento que representaba una obligación legal (dígase, por ejemplo, el acta de traspaso de una propiedad). Posteriormente, se aceptó que fuera dinero.

En su desarrollo y aplicación práctica el uso de las cuentas en plica derivó hacia operaciones de préstamos hipotecarios y su definición y formas de funcionamiento han sido reguladas en las disposiciones internas de algunos países, como Puerto Rico, cuyo "Reglamento relativo a las cuentas en Plica (Escrow Accounts)", emitido en 1985 por la Secretaría de Hacienda de ese país, nos ofrece aspectos conceptuales recogidos en su artículo 4:

"Cuenta en plica (escrow account) significa aquella cuenta o cuentas en depósito especial bajo la custodia de una institución, que se establece con el propósito de garantizar el cumplimiento de pagos dirigidos a proteger y mantener libre de gravámenes la propiedad objeto del préstamo hipotecario, tales como: primas de seguro, contribuciones sobre la propiedad y cualquier

otra imposición o cargo imprevisto, el pago del cual corresponda hacerse propiamente de esta cuenta. Dicha cuenta se nutre de fondos provenientes del pago periódico realizado por el deudor hipotecario, bajo el acuerdo de que estos fondos se utilizarán únicamente para los propósitos mencionados."

Sobre su operatividad indica, además, el artículo 5:

"Una vez que un contrato de préstamo hipotecario requiera el establecimiento de una cuenta en plica, la misma estará sujeta a las siguientes condiciones:

(a) La cuenta en plica (Escrow account) se utilizará para la acumulación de los estimados anuales de contribuciones sobre la propiedad, impuestos, primas de seguros y cualquier otro cargo o imposición similar que sea necesario para cubrir cualquier gravamen existente, o que pueda originarse sobre la propiedad que garantiza la hipoteca.

(b) Los términos de la cuenta en plica no deberán estar en conflicto con ninguna ley, reglamento, orden, normas, guías, circulares o cualquier otro documento emitido por el gobierno, y con cualquiera de sus instrumentalidades, dependencias o agencias, estatales o federales."

También se encuentra en los más actualizados diccionarios de finanzas la definición de Cuenta Escrow referida a la que abre un broker que posee licencia para mantener fondos a nombre de un broker principal o de cualquier otra persona hasta que se consuma la operación que le ordena su cliente.<sup>10</sup>

### 1.3.- Naturaleza Jurídica del Contrato de Cuenta Escrow.-

Según Juan J. Carracedo Bottifoll el contrato de Escrow es "aquel donde las partes convienen los pactos y condiciones para establecer una Garantía consistente en el depósito de saldos de efectivo u otros instrumentos en una cuenta especial administrada por una institución bancaria, que resultan ejecutables a favor del acreedor en caso de cumplimiento de una o varias condiciones previamente establecidas"<sup>11</sup>.

Este contrato tiene características que le distinguen de las restantes figuras contractuales que pudieran resultar afines, y que se describen a continuación:

a) Naturaleza autónoma. A diferencia de las cuentas corrientes o de las cuentas a plazo fijo como formas contractuales habituales en la actividad bancaria, la Cuenta Escrow se distingue ante todo por gozar de autonomía respecto al patrimonio del deudor y del acreedor. Para que pueda resultar constituida y

9 CARRACEDO BOTIFOLL, Juan. Ponencia: "La Cuenta Escrow Como Nueva Forma de Garantía Bancaria en Cuba". II Encuentro Internacional de Derecho de Contratos. La Habana, 2003, p. 2.

10 [http://www.inmoversion.com/foros\\_respuestas.php?seforo=1&numero=699&returnpage=2](http://www.inmoversion.com/foros_respuestas.php?seforo=1&numero=699&returnpage=2)

11 CARRACEDO BOTIFOLL, Juan J. Ponencia "La Cuenta Escrow como nueva forma de garantía bancaria en Cuba", en el "II Encuentro Internacional de Contratos. La Habana, 2003, Pág. 4.

funcional a los propósitos con que fue concebida, es preciso separarla claramente de las cuentas del acreedor y del deudor. Los importes de efectivo depositados en esta Cuenta no deben confundirse con la masa patrimonial de ninguna de las partes contratantes, teniendo su propia denominación y tratamiento contable.

b) Régimen de administración por terceros distintos al acreedor y al deudor realizada generalmente por Bancos. El Banco actúa como administrador velando por el buen cumplimiento de las instrucciones que ha recibido para la apertura del bien depositado en la cuenta aperturada; y es quien llegado el caso efectúa a favor del acreedor los pagos correspondientes en la forma y momento convenidos.

La presencia de un administrador diferente al acreedor y al deudor en la Cuenta Escrow significa la existencia de una garantía adicional: las partes del negocio jurídico causal han confiado la operación y custodia de los saldos afectados en garantía a un tercero –el Banco– que cobra honorarios por su gestión. Por esta razón, el Contrato de Cuenta Escrow adquiere rasgos de otras formas contractuales como el Fideicomiso, con los cuales ha sido frecuentemente confundido.

c) Carácter accesorio: El Contrato de Escrow se concibe "con una finalidad de garantía para el cumplimiento de obligaciones nacidas de otras formas contractuales pre-existentes, que cobran vida en acuerdos suplementarios o con frecuencia integrados en el texto del Contrato principal. En teoría, solamente en caso de incumplimiento, podría ejecutarse en todo o en parte el efectivo presente o futuro depositado en Escrow.

Sin embargo, en ocasiones, el carácter accesorio del contrato de cuentas Escrow puede resultar confundido cuando estas cuentas se emplean en un doble carácter: 1) como garantía y 2) como medio de pago, que convendría distinguir con precisión.

En la práctica comercial, es posible encontrar cuentas llamadas "Escrow", que a pesar de las declaraciones de las partes en el acuerdo constitutivo de la misma no se utilizan para garantizar, sino para pagar directamente al acreedor (o transferente en el caso de una compra venta de activos); mediante la presentación una Carta de autorización de débito en cuenta ejecutable por el beneficiario contra una cuenta del deudor, o simplemente por el acuerdo de las partes cuando el Banco es acreedor, esta práctica constituye un primer supuesto de utilización impropia de esta Garantía, por cuanto se está confundiendo la Cuenta Escrow con un derecho de Prenda ejercitable contra. Son en realidad dos garantías diferentes que conviene separar.

El segundo supuesto es el relacionado con lo que en el Derecho Romano se denominaba "causa solvendi" esto es, la posibilidad de efectuar el pago anticipado o a su vencimiento de la obligación directamente con

los fondos de esta cuenta. Es así que ciertos Contratos de Préstamo estipulan el pago a través de una llamada "Cuenta Escrow", por el que en la misma medida en que el dinero fluye a esta Cuenta, se transfiere casi automáticamente a otra cuenta designada por el acreedor. De tal forma, que en la fecha de vencimiento nominal de la obligación, la deuda ya ha sido satisfecha totalmente, o al menos en parte sustancial.

Es así que en los supuestos expuestos no se podría afirmar que la Cuenta Escrow conserva su carácter de garantía, sino que funciona como mecanismo de pago de las obligaciones; sin que sea necesario el incumplimiento de una de las partes para movilizar a favor de quien corresponda los fondos depositados en la misma.

Siguiendo este criterio, solamente podríamos hablar de Cuenta Escrow en Garantía en relación con aquella cuyos fondos son depositados en la misma para ser pagados únicamente en caso de incumplimiento de alguna estipulación establecida entre las partes. Es aquí donde se pone de manifiesto con toda nitidez el carácter accesorio que resulta de esta garantía como uno de sus rasgos jurídicos más relevantes.

d) Naturaleza temporal, derivada de su carácter accesorio; la cuenta Escrow se elimina una vez cumplida las condiciones pactadas. Estas condiciones son a menudo las condiciones del Contrato principal, y aquellas otras que las Partes convienen para regular específicamente la operación de pagos, depósitos y administración de la misma.

e) Fin determinado: Esta garantía se constituye con una finalidad determinada, y no debe resultar entendida como una con efectos abstractos aplicables a todas las obligaciones presentes y futuras del deudor frente al acreedor beneficiario, sino únicamente a aquellas obligaciones que son explícitamente convenidas por las partes en el Contrato.

Los sujetos que participan en este contrato son:

- El deudor o comprador (en caso de operaciones de transferencia de activos en sus diferentes formas establecidas por ley), que contrae la obligación de depositar o hacer depositar a otro los importes pactados en la cuenta.
- El administrador, que es generalmente una entidad bancaria, encargada de cumplir las instrucciones recibidas de las demás partes, o las que se hubiesen pactado entre todos los participantes. Es común que los Bancos participen en la negociación que origina la Cuenta Escrow, al menos en el aspecto referido específicamente al montaje de esta Garantía.
- El beneficiario, que es generalmente el acreedor o vendedor de la transacción que se quiere garantizar con la Cuenta Escrow.

## II.- Contrato de Escrow vs. Otras Figuras Similares

A continuación vamos a comparar el contrato de cuenta Escrow con otras figuras similares a fin de establecer las ventajas y desventajas de su uso.

### II.1.- Escrow y Fideicomiso en Garantía:

Como se sabe, mediante un contrato de fideicomiso en garantía, el fideicomitente transfiere la propiedad fiduciaria de un bloque patrimonial que será administrado por un agente denominado fiduciario, con la finalidad de que los activos que han salido del patrimonio del emisor y que ahora constituyen un patrimonio fideicometido sean utilizados como respaldo del cumplimiento de una obligación.

El beneficiario de esta garantía puede ser el originador como el fideicomisario, dependiendo del cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato. La ventaja de esta figura es que permite separar el patrimonio del garante los activos que constituyen el patrimonio fideicometido que se otorga en garantía del cumplimiento de una obligación, protegiendo dichos activos de los acreedores del garante, en caso que a éste se le inicie un procedimiento concursal.

El problema con este tipo de operaciones, es que la estructuración de la misma requiere incurrir en altos costos, como los honorarios del fiduciario, asesoría legal, publicaciones, entre otros. Por el contrario, si bien el contrato de cuenta Escrow no significa que el dinero consignado en dicha cuenta haya salido del patrimonio del agente que enajena los activos materia del contrato principal, con lo que no se obtiene la misma protección que con un fideicomiso en garantía, tiene la ventaja de que el banco que tiene en custodia los fondos paga intereses por el dinero que recibe y no se requiere incurrir en mayores costos.

No obstante, en la medida que estos fondos son susceptibles de ser embargados, es necesario optar por un mecanismo de protección adicional que se desarrollará más adelante.

Así también, cabe señalar que a diferencia del contrato Escrow, el fideicomiso es un contrato típico, regulado por la Ley 26702, Resoluciones SBS N° 1010-99 y 084-2000, así como por las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 861 y la Resolución CONASEV N° 001-97-EF/94.10

### II.2.- Escrow y Contrato de Depósito

El contrato de depósito es una figura típica regulada en el Capítulo Quinto del Título IX de la Sección Segunda del Libro de las Fuentes de las Obligaciones del Código Civil Peruano. De acuerdo a la normativa

nacional, el contrato de depósito es un contrato típico, que constituye una modalidad de prestación de servicios, mediante el cual el depositario recibe un bien para su custodia y devolverlo al depositante cuando éste lo solicite<sup>12</sup>.

Ahora, si bien la regulación del Código Civil establece la posibilidad de que el depósito sea a favor de un tercero, estableciéndose así una relación jurídica trilateral como en el caso del contrato de cuenta Escrow, la diferencia que se puede apreciar es que la finalidad de la figura típica civil es la de custodiar y devolver un bien o entregarlo a un beneficiario a requerimiento del depositante, mientras que en el caso del contrato Escrow lo que se busca es que el depositante cumpla con bloquear los fondos depositados, los cuales podrán ser liberados a favor de una u otra de las partes, dependiendo de si se cumplen con las condiciones pactadas en el contrato.

Vale decir, que mientras que en el contrato de depósito la finalidad es la custodia y cuidado del bien, en el contrato de cuenta Escrow la constitución de este fondo tiene como finalidad respaldar el cumplimiento de una obligación a cargo del enajenante, por lo que el agente Escrow puede liberar fondos a favor del adquirente con cargo a los fondos de la cuenta Escrow por la ocurrencia de las contingencias pactadas en el contrato.

### II.3.- Escrow y Contrato de Mandato

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el Mandato es un contrato mediante el cual "el mandatario se obliga a realizar uno o mas actos jurídicos, por cuenta e interés del mandante"<sup>13</sup>, se presume la onerosidad, y los actos a realizar tienen que estar indicados en el contrato.

Al igual que el contrato de depósito, el contrato de mandato es típico y nominado, de prestación de servicios, mediante el cual el mandante, por su cuenta e interés, encarga al mandatario la realización de uno o más actos. Estos actos también pueden ser a favor de un tercero.<sup>14</sup>

De esta breve lectura, y haciendo una lectura conjunta de los artículos correspondientes al Mandato en nuestro derecho común, podemos observar que este contrato contiene muchos de los elementos más característicos del contrato de cuenta Escrow. Sin embargo, una de las diferencias principales que separa a estas dos figuras es que en el Mandato, el mandatario es nombrado por el mandante, y actúa por cuenta e interés del mismo, mientras que en el Escrow, el agente Escrow es nombrado por las partes (deudor, beneficiario), y actúa solo bajo las estipulaciones establecidas por las partes, beneficiando a quien corresponda.

12 Artículo 1814 del Código Civil Peruano.

13 Artículo 1790 del Código Civil Peruano.

14 Artículo 1803 Idem.

### III.- El Servicio del Escrow

De lo expresado en párrafos anteriores, podría afirmarse que el servicio de Escrow es una relación fiduciaria basada en la confianza. Involucra la custodia y salvaguarda de activos de cualquier clase por el agente Escrow, hasta que una condición predefinida tenga lugar, en cuyo caso los activos se traspasan a la parte con derecho a ellos.

El Escrow generalmente se utiliza para cerrar transacciones importantes, especialmente la compra de bienes inmuebles, naves, y en la fusión y adquisición de sociedades. Se ha hecho popular en las transacciones por Internet y se recomienda como protección contra fraude, especialmente en transacciones donde el comprador y el vendedor no se conocen.

El agente Escrow es un tercero imparcial, ajeno a la transacción, cuya elección es de ambas partes del contrato, la cual se realiza de común acuerdo. En el contrato Escrow se establecen las condiciones bajo las cuales se traspasará la propiedad y estipulan cual va a ser la actuación del Agente Escrow frente a cada situación que pueda surgir relacionada con la transacción.

Las condiciones varían de caso en caso, dependiendo de la ubicación específica de las partes, el propósito de la transacción y la forma de pago. Por lo general, estas condiciones son negociadas en un contrato marco, las cuales se materializan en un Contrato de Escrow al cual, una vez establecido, el agente de Escrow debe dar seguimiento y dar como resultado una transacción segura y cómoda tanto para el comprador como el vendedor.

La venta de bienes inmuebles, generalmente implica un periodo en que el traspaso de la propiedad se registra ante el registro correspondiente, y durante el cual, el propietario o vendedor no está dispuesto a traspasar el título de propiedad al comprador, salvo que el comprador pague el precio de compra, y el comprador no está dispuesto a pagar el precio de compra hasta que el título de propiedad haya sido debidamente registrado.

¿Qué solución se toma? La solución es entregar el precio de compra a un Agente de Escrow imparcial, con instrucciones irrevocables de transferir el efectivo al vendedor una vez se reciba prueba del registro del título de propiedad a favor del comprador, o de devolver al efectivo al comprador, en caso de que en una cierta fecha el título no se haya registrado, u otras condiciones que acuerden las partes.

En el ejemplo anterior, el Escrow funciona como una "póliza de seguros" para la transacción, ya que cada una de las partes recibe la garantía de que el cumplimiento de la obligación final estará a cargo de

una persona ajena a la transacción.

Un Escrow puede establecerse también para garantizar que el resultado de una transacción específica, la cual ya ha tenido lugar, es el esperado por las partes. En las fusiones y adquisiciones, por ejemplo, es habitual que 10% del precio de compra de una sociedad se coloque en Escrow por un año, como reserva contra acreedores imprevistos, equipo defectuoso, etc., que el comprador o nuevo propietario tenga que enfrentar.

Los gastos se deducen del precio de compra de la sociedad y serán pagados por el Agente de Escrow. Una vez que expire el Contrato de Escrow, los activos restantes se traspasan al vendedor.

En términos legales, el Escrow es una obligación contractual sujeta a una "condición suspensiva" o una "condición resolutoria".

Cuando está sujeta a una condición suspensiva, tal condición necesita cumplirse para que la obligación sea ejecutable. Por ejemplo, la inscripción del título de propiedad sobre una nave en el ejemplo anterior es una condición suspensiva que el Agente de Escrow debe evidenciar previo al traspaso del precio de la compra al vendedor.

Por otro lado, vemos una condición resolutoria cuando la sola expiración de un periodo de tiempo o "término", obliga al Agente de Escrow a devolver los activos restantes al vendedor en el ejemplo sobre fusiones y adquisiciones.

Los Agentes de Escrow generalmente cobran honorarios para establecer el contrato, en base al tiempo invertido en la negociación de las condiciones, redacción y ejecución del Contrato de Escrow; y un pequeño porcentaje de la suma involucrada en la transacción.

### IV.- ¿Puede el Escrow Considerarse una Garantía Mobiliaria?

Antes de responder esta pregunta, es importante establecer en primer lugar de quien es la titularidad de la cuenta constituida en Escrow, la cual constituye una problemática comercial en su uso.

En ese sentido, al ser un contrato atípico dentro de nuestro sistema jurídico, nuestra normativa vigente resulta algo insuficiente para establecer la adecuada protección jurídica de ésta forma contractual, especialmente en la determinación de la titularidad sobre los fondos, de la cual se desprenden múltiples consecuencias jurídicas.

Un ejemplo representativo de esta situación lo encontramos en los casos donde la Cuenta Escrow recibe los depósitos de dinero que proceden de operaciones de transferencias de activos, y están afectados para una finalidad y un plazo determinados,

configurando una especialidad. El monto depositado por tanto, se desplaza temporal o definitivamente del patrimonio del deudor (comprador) para integrar un patrimonio distinto. Estos importes tampoco corresponden al acreedor (vendedor) mientras no se cumplen las condiciones de la garantía para hacerlos efectivos a su favor; ni tampoco se integran en la masa patrimonial del banco administrador, quien tiene solamente una función ejecutiva y de custodia sobre los mismos.

Esta situación se refleja claramente en la posición de las partidas contables que se registran por cada una de las partes que intervienen en la relación definiendo su situación respecto a los referidos montos o activos corrientes de efectivo, para lo que utilizamos las Normas Internacionales de Contabilidad ilustrando con precisión el tratamiento contable de éste tipo de garantías como se especifica a continuación:

- Para el deudor (comprador), los activos depositados por el mismo en la Cuenta Escrow, se clasifican en la cuenta de Pasivo denominada "Garantías constituidas a corto plazo", o como "Garantías constituidas a largo plazo", dependiendo del tiempo de permanencia de los fondos en esa cuenta. Hasta 365 días se considera corto plazo, y si exceden de éste término se consideran como largo plazo. Desde el momento en que se constituye la Cuenta Escrow y se realiza el primer depósito, estos activos adquieren carácter especial, al igual que cualquier otra fianza o garantía líquida.
- Para el Administrador: Los saldos depositados en Cuenta Escrow se clasifican como "Activos en administración", y de igual manera estos fondos no pueden resultar embargados por terceros, ni afectados de otro modo en caso de quiebra. El administrador estará sujeto a responsabilidad civil en caso de incumplimiento de las instrucciones de las partes, y tiene necesariamente que habilitar una cuenta específica y plenamente identificada para este caso.
- Para el acreedor beneficiario (vendedor): Los depósitos en la Cuenta Escrow se clasifican en los Activos del balance como "Garantías recibidas a corto plazo" o como "Garantías recibidas a largo plazo" dependiendo de la permanencia de los importes como se ha explicado anteriormente.

Hay quienes señalan en este caso que se trata de un activo contingente, puesto que los importes depositados no están a la libre disposición del beneficiario (vendedor - acreedor), sino hasta el momento en que se cumplan las condiciones previstas para el desembolso. El acreedor tiene un derecho de garantía a su favor sobre saldos depositados, ejercitable ante terceros cuando se intentase el embargo por éstos, a los que el beneficiario puede oponer las excepciones o tercerías sobre los saldos en la Cuenta Escrow en virtud de su derecho real sobre éstos, si bien no entrará en posesión de los saldos hasta

que no sean cumplidas las condiciones para hacerlos efectivos que hayan sido previamente pactadas entre las partes.

En la actualidad existe un silencio en la mayoría de los casos en relación con el aspecto relacionado con la situación jurídica de la titularidad sobre bienes afectados por circunstancias especiales, sobre todo por la forma en que esta titularidad afecta a terceros acreedores.

Siendo esto así, lo que pudiera parecer definitivo en el orden contable y económico, no funciona de igual modo en el orden jurídico. Los saldos depositados en Cuenta Escrow han salido efectivamente de los activos corrientes del deudor (comprador), sobre los cuales no tiene control ni derecho de uso por encontrarse físicamente fuera de su patrimonio, para transferirse a un régimen bajo administración de terceros gravados por un derecho real a favor del acreedor. En este caso entendemos que ha nacido un patrimonio especial con carácter temporal y separado, en el que la titularidad del mismo se descompone en múltiples derechos a favor de una pluralidad de sujetos.

**"En la actualidad existe un silencio en la mayoría de los casos en relación con el aspecto relacionado con la situación jurídica de la titularidad sobre bienes afectados por circunstancias especiales, sobre todo por la forma en que esta titularidad afecta a terceros acreedores."**

Siguiendo este criterio, 1) el deudor mantendría un derecho de reintegro o restitución sobre el monto en caso de que ésta no resultara ejecutable, 2) el administrador por su parte tendría el derecho a administrar y operar los saldos de acuerdo a los términos y condiciones que se han convenido por las partes y obrando bajo los límites impuestos en el Contrato, y 3) al acreedor le asiste derecho real a recibir los saldos depositados en la Cuenta para satisfacer su crédito vencido e incumplido por el deudor.

De tal forma, el monto depositado en una cuenta Escrow resultaría inembargable por terceros acreedores de cualquiera de las partes, y estarían además a salvo en caso de quiebra de alguno de sus sujetos. La razón principal para sostener este criterio es que ninguna de las partes es titular de pleno derecho sobre los referidos saldos. Por otra parte, la inembargabilidad de la Cuenta Escrow es un elemento inherente a la capacidad de cualquier garantía para servir eficazmente en ésta función. Las otras formas de garantías reales y personales consagradas en el

Código Civil, gozan de la protección jurídica mínima necesaria para servir de adecuada seguridad en las transacciones que garantizan.

Si lo que se entrega en garantía, en este caso dinero, es susceptible de embargos u otras medidas preventivas o cautelares de terceros, pasaría entonces el saldo de la Cuenta a una situación de precariedad que difícilmente le harían apta para la función que está llamada a desempeñar en el tráfico mercantil. Ningún acreedor aceptaría de buen grado una garantía sobre la que no tenga una confianza razonable de obtener adecuada indemnidad en caso de incumplimiento del deudor.

Es así que actualmente no existe un adecuado sustento a la estabilidad y solidez del Contrato de Cuenta Escrow desde la posición de los titulares de derechos sobre el contenido de la garantía. Ante la ausencia de regulación jurídica sobre este contrato, que es sustituida por la voluntad de las partes; nuestra legislación procesal civil no considera los acuerdos de las partes como causa de inembargabilidad, como sucede en el caso de los activos transferidos en fideicomiso; existiendo una situación legislativa perjudicial que atenta contra los intereses de los acreedores que optan por esta clase de garantía y por los mismos intereses de los deudores interesados en obtener créditos que permitan la continuidad de su función económica y su propia supervivencia.

Lo que podría resultar objeto de embargo son los derechos de los sujetos sobre monto depositado en Escrow, y el embargo no debería ir más lejos que los límites impuestos a estos derechos. Los acreedores del deudor tendrían que esperar por la restitución, a reserva de la posible ejecución de la garantía, del mismo modo que los terceros acreedores del beneficiario de la Cuenta tendrían que aguardar hasta el momento en que los saldos en garantía se hicieran disponibles y efectivos por incumplimiento de la parte deudora depositante.

Por las razones expuestas, y entendiéndose que lo que sería embargable por parte del tercero acreedor de las partes sería el derecho de cobro sobre el monto depositado en la cuenta Escrow, sí constituye una modalidad de garantía mobiliaria, conforme al artículo 3 de la Ley 28677 - Ley de Garantías Mobiliarias<sup>15</sup>, en la que el acreedor puede ser tanto el deudor como el beneficiario, según corresponda, pudiendo ser oponible a terceros. Su inscripción constaría en el Registro de Contratos de la Superintendencia Nacional de Los Registros Públicos, para lo cual se requeriría la formalidad del Formulario Registral o la elevación a Escritura Publica del contrato de Escrow, lo cual elevaría los costos en la constitución de esta garantía. Sin embargo, de no inscribir este contrato en el registro antes mencionado, el crédito de los acreedores (deudor o beneficiario, según corresponda) no sería oponible frente al tercero acreedor.

#### V.- Praxis

A manera de ejemplo de las definiciones antes mencionadas, se propone un ejemplo en el cual el contrato de Escrow es utilizado como garantía de cumplimiento de obligaciones, y de solución económica a contingencias futuras.

Supongamos que una, la empresa Candy's S.A., transfiere la totalidad de sus activos a la empresa Sweet Flavor S.A. Sin embargo, uno de los resultados que arroja el Due Diligence efectuado a la empresa Candy's S.A. determina que uno de sus activos (un inmueble) tiene un embargo inscrito en el Registro de Predios, y que además la titularidad del mismo se encuentra a nombre de un tercero, el cual ha otorgado en leasing el uso del inmueble a Candy's S.A.

Asimismo, se determina que por la magnitud del negocio en marcha de Candy's S.A., esta puede tener contingencias laborales y tributarias ocultas, o que aun no podrían determinarse al momento del cierre de la operación de la transferencia de activos. Estas contingencias se basan principalmente por lo

15 Ley 28677 - Ley de la Garantía Mobiliaria

(...)

Artículo 3.- Garantías Mobiliarias

3.1.- La garantía mobiliaria es la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación. La garantía mobiliaria puede darse con o sin desposesión del bien mueble. En caso de desposesión, puede pactarse la entrega del bien mueble afectado en garantía al acreedor garantizado o a un tercero depositario.

(...)

14.- El derecho de obtener frutos o productos de cualquier bien.

(...)

16 TEXTO UNICO ORDENADO DEL CODIGO TRIBUTARIO

Artículo 17.- RESPONSABLES SOLIDARIOS EN CALIDAD DE ADQUIRIENTES

Son responsables solidarios en calidad de adquirentes:

(...)

3. Los adquirentes del activo y/o pasivo de empresas o entes colectivos con o sin personalidad jurídica. En los casos de reorganización de sociedades o empresas a que se refieren las normas sobre la materia, surgirá responsabilidad solidaria cuando se adquiere el activo y/o el pasivo.

(..)

"La responsabilidad cesará:

(...)

b) Tratándose de los otros adquirentes cesará a los 2 (dos) años de efectuada la transferencia, si fue comunicada a la Administración Tributaria dentro del plazo que señale ésta. En caso de se comunique la transferencia fuera de dicho plazo o no se comunique, cesará cuando prescriba la deuda tributaria respectiva."

DECRETO LEGISLATIVO Nº 856 (Precisión del alcances y prioridad de créditos laborales)

Artículo 3.- La preferencia o prioridad citada en el artículo precedente se ejerce, con carácter persecutorio de los bienes del negocio, solo en las siguientes ocasiones:

establecido en el artículo 17 del T.U.O. del Código Tributario, y por el Decreto Legislativo 856.<sup>16</sup>

En ese sentido, las partes acuerdan que parte del precio pactado por la compraventa de activos, sea destinada a dos cuentas Escrow, bajo las siguientes condiciones:

- (i) Que el agente Escrow sea un banco constituido en la República del Perú,
- (ii) Que Candy's S.A., ejerza la opción de compra estipulada en el contrato de Leasing con el Banco Interbancario, y que se levante la anotación de embargo que pesa sobre el activo (inmueble) a transferir, y
- (iii) Cubrir las contingencias posibles a raíz de pasivos ocultos no declarados por Candy's S.A.

Es así, que en la fecha determinada en el contrato marco de transferencia de activos, las partes y un banco designado por ellos, suscriben el Contrato de Escrow, mediante el cual se crean dos cuentas Escrow, una denominada "Cuenta Escrow Contingencias" (en adelante "Contingencias") y otra denominada "Cuenta Escrow Inmuebles" (en adelante "Inmuebles"). De acuerdo a lo acordado entre las partes, se destina a la cuenta Contingencias el monto correspondiente a un (x)% del precio por los activos, el cual constituye un fondo de garantía para la cobertura de las contingencias posibles de pasivos ocultos, el cual deberá ser liberado por el banco Escrow a favor de las compañías una vez transcurrido el plazo de dos años.

- A la cuenta Inmuebles, las partes acuerdan destinar la suma correspondiente a la valorización de la contingencia judicial que pesa sobre el inmueble (anotación de embargo), cuyos fondos se liberaran a favor de la empresa transferente si se cumplen las siguientes condiciones:

- Transferir la propiedad de los inmuebles a favor de Sweet Flavor S.A., para lo cual primero debe ejercer su derecho de opción de compra ante el banco Leasing, y

- Que se levante la medida cautelar de embargo inscrita en la Partida Electrónica del activo a transferir (Inmueble).

En caso de incumplimiento de estas dos condiciones, el fondo depositado en esta cuenta, mas sus intereses deberá ser destinado a la empresa adquirente. Como se ha podido observar, el meollo de este contrato ha sido el de valorizar las contingencias, e instruir a un tercero el cumplimiento de destinar los fondos de las

cuentas a quien corresponda.

#### V.- Conclusiones y Recomendaciones.

a.- El contrato Escrow per se sirve como un medio rápido de garantizar contingencias futuras. Es atípico, innominado, voluntario, no formal, importa un servicio, y responde a instrucciones (de las partes al agente Escrow).

b.- Su uso se hace básicamente en operaciones de:

- Fusiones y adquisiciones
- Compra de negocios en marcha
- Financiamiento Hipotecario
- Financiamiento a Estados con alto riesgo país
- Negociaciones de Tracto Sucesivo

c.- Este contrato se caracteriza por ser:

- Atípico. Salvo en algunos países como Estado Unidos de America, Puerto Rico, Costa Rica, y Cuba.
- Innominado.
- De servicios. Es de servicios por cuanto el agente Escrow brinda un servicio de custodia del bien depositado.
- De ejecución. Por cuanto el agente Escrow se encargará de ejecutar lo establecido en el contrato con el solo requerimiento de las partes cuando y según corresponda.
- De instrucción. Se caracteriza por ser un contrato en donde las cláusulas principales indican la forma en que el agente Escrow debe proceder en determinadas situaciones.

d.- Las cuentas Escrow, permiten una mayor versatilidad en las transacciones comerciales a gran escala, por cuanto permiten constituir una garantía líquida a favor de la parte que consideren conveniente, según el acuerdo.

e.- En el Perú, de acuerdo a lo mencionado en los párrafos anteriores, el contrato de cuenta Escrow constituye una garantía mobiliaria, por lo que se recomendaría su inscripción en el Registro de Contratos, del Registro de Garantías Mobiliarias, y así pueda ser oponible frente a terceros.

f.- Sin perjuicio de lo anterior, este contrato debería tener una regulación especial, tal como lo tiene los países antes indicados, y así evitar trámites que

a) Cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia del acreedor;

b) En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiera activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo.

(...)

medrar la rapidez que caracteriza este contrato.

g.- La figura más confiable para el cierre de negociaciones que deben hacerse en el presente, pero el valor y condiciones de las mismas están supeditadas a que en el transcurso del tiempo sucedan acontecimientos que pueden o no depender de las partes involucradas.

h.- Debe tenerse en cuenta que el éxito en la ejecución por parte del agente Escrow, dependerá en las facultades dadas por las partes, las cuales tienen que ser irrevocables.