

**Órgano: Audiencia Provincial**  
**Sede: Madrid Sección: 20**  
**Nº de Recurso: 595/2011**  
**Nº de Resolución: 465/2012**  
**Procedimiento: Recurso de Apelación**  
**Ponente: JUAN VICENTE GUTIERREZ SANCHEZ**  
**Tipo de Resolución: Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 20 MADRID**

**SENTENCIA: 00465/2012**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 20ª SENTENCIA Nº Rollo: RECURSO DE APELACION 595 /2011 Ilmos. Sres. Magistrados: PURIFICACIÓN MARTÍNEZ MONTERO DE ESPINOSA JUAN VICENTE GUTIÉRREZ SÁNCHEZ RAFAEL DE LOS REYES SAINZ DE LA MAZA**

En MADRID, a nueve de octubre de dos mil doce.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 20 de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1043/2009, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 26 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo 595/2011, en los que aparece como parte apelante BANCO OCCIDENTAL DE DESCUENTO, BANCO UNIVERSAL, C.A., representado por el procurador D. MANUEL SANCHEZ-PUELLES GONZALEZ-CARVAJAL y BANCO SANTANDER, S.A., representado por el procurador

D. EDUARDO CODES FEIJOO, sobre resolución de contrato, **siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN VICENTE GUTIÉRREZ SÁNCHEZ.**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**-Por el Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid, en fecha 1 de octubre de 2.010, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que, ESTIMANDO la DEMANDA formulada por BANCO OCCIDENTAL DE DESCUENTO, BANCO UNIVERSAL, C.A., representado por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Sánchez Puellez Gómez-Carvajal contra BANCO SANTANDER,

S.A. representado por el Procurador de los Tribunales, don Eduardo Codes Feijoo.- 1.- DECLARO resuelto el contrato de escrow suscrito por las partes el 16 de junio de 2008, por imposibilidad legal sobrevenida y 2.- CONDENO a BANCO SANTANDER SA a restituir a BANCO OCCIDENTAL DE DESCUENTO, BANCO UNIVERSAL C.A. la cantidad de 150.000.000 USD CIENTO CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES USA más los intereses legales devengados por dicha cantidad desde el 2 de julio de 2008, que ascienden a fecha de 4 de mayo de 2009, a la cantidad de 4.656.164 dólares y que se verán incrementados por los devengados hasta la fecha de dictado de la presente resolución.- No procede efectuar expreso pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en la presente instancia."

**SEGUNDO.**-Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por ambas partes, exponiendo las alegaciones en que basaron su impugnación. Admitidos los recursos en ambos efectos, se dio traslado de los mismos a las respectivas apeladas, que presentaron escrito oponiéndose al

recurso formulado de contrario. Elevados los autos ante esta Sección, fueron turnados de ponencia, y quedando pendientes de resolución, se señaló fecha para la deliberación y votación, que se ha llevado a cabo por los Magistrados de esta Sección.

**TERCERO.**-En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

Sólo se aceptan los fundamentos de la resolución apelada en aquello que no se opongan a los de la presente, debiendo sustituirse en lo que sea necesario.

**PRIMERO** .-La entidad venezolana "BANCO OCCIDENTAL DE DESCUENTO, BANCO UNIVERSAL, C.A." (BOD) formuló demanda frente al BANCO DE SANTANDER, en la que ejercitaba, con carácter principal, una acción de resolución de un contrato denominado "contrato de escrow", suscrito entre ambas el 16 de junio de 2008. Sostiene la demandante que dicho contrato se concertó dentro de la operación de compraventa del BANCO DE VENEZUELA, que estaban diseñando las partes, por lo que su finalidad era la de incentivar la realización de la compraventa en los términos pactados; si bien a los dos días de su celebración, el Gobierno venezolano aprobó una inesperada modificación de la legislación que regulaba la transmisión de entidades financieras, lo que hizo imposible llevar a cabo la operación tal como había sido diseñada, por lo que sostiene se produjo una imposibilidad legal sobrevenida que impidió cumplir la operación de compraventa; con carácter subsidiario, ejercita acción de enriquecimiento sin causa y en ambos casos, con obligación de restitución de la cantidad de 150.000.000 USD, entregada por BOB y retenida por B. SANTANDER, más los intereses legales correspondientes.

La entidad demandada se opuso a dicha pretensión, sostiene que la finalidad del contrato era garantizar los riesgos de todo tipo, ante la demora en la formalización de la compraventa, así como los daños que se le originarían de frustrarse la operación y, tanto el riesgo, como los daños eran previsibles por la inseguridad jurídica y riesgo político que existía en Venezuela, lugar donde debían celebrar el contrato. Con carácter subsidiario y a efectos dialécticos sostuvo que el cambio legislativo operado era previsible, no afectaba a la operación de compraventa del Banco de Venezuela, era evitable y se habría producido cuando BOD había adoptado decisiones propias que determinaban la pérdida de cualquier derecho sobre el importe del escrow.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda, declaró resuelto el contrato de escrow y condenó al B. SANTANDER a restituir al demandante la cantidad reclamada, más los intereses legales. Tras delimitar las pretensiones formuladas por las partes, la Magistrada de primera instancia llega a la conclusión de haberse producido, y haber quedado acreditada, la imposibilidad legal sobrevenida de cumplimiento, alegada por la demandante; para ello, analiza la naturaleza jurídica del contrato de 16 de junio de 2008 y finalidad perseguida por las partes a la vista de los términos reflejados en el mismo; partiendo de la literalidad de la cláusula sobre la que centran su discusión las partes, interpreta la misma a la luz de la intención que movió a éstas a suscribirlo y, de ello, deduce que el compromiso adquirido por BOD fue asumir "en cualquier caso" el buen fin de sus gestiones y el compromiso de DEUTSCHE BANK, pero referida al estado de cosas existente en el momento de la firma del contrato, al no existir razón para pensar que las partes pretendieran asumir riesgos políticos o derivados de la modificación sorpresiva de la legislación en Venezuela y existir base suficiente para entender que existió una imposibilidad objetivamente constatable, en los términos que señala el artículo 1184 del cc . Rechaza igualmente las alegaciones de la demandada, acerca de que la actitud de BOD provocara el cambio

legislativo o que la imposibilidad de cumplir lo pactado, se hubiera producido, en todo caso, ante la venta previa de parte de los títulos que debía entregar a B. SANTANDER. En consecuencia, acreditada la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de lo pactado, en aras a la buena fe y de la equidad y por aplicación del artículo 1123 y 1303, estimó procedente la devolución de las prestaciones y acordó la resolución y restitución interesadas. En materia de costas no efectuó expresa condena al apreciar dudas de hecho y de derecho.

**SEGUNDO** .- Frente a dicha resolución interpusieron recurso de apelación ambas entidades. La parte actora impugnó el pronunciamiento referido a las costas solicitando la imposición a la parte demandada, por considerar infringido el artículo 394 LEC y la jurisprudencia que lo ha interpretado de manera reiterada y uniforme.

La parte demandada articuló su recurso en los siguientes y resumidos motivos de impugnación:

1.- En primer lugar, partiendo de que la interpretación y alcance del denominado contrato de escrow constituye la precisa cuestión sobre la que versa el litigio, sostiene que la sentencia lo interpreta erróneamente, en cuanto parte, como premisa que le conduce a adoptar la decisión final, de la existencia de una obligación, respecto de cuyo cumplimiento aprecia la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento. Entiende la apelante, que las "circunstancias" contempladas por las partes en el contrato no constituyen obligaciones, que nadie esté obligado a cumplir, sino sucesos o hechos que pueden o no darse; considerando contradictorio afirmar, que no existe obligación de celebrar la compraventa y a la vez que sí existía obligación de realizar todas esas actuaciones intermedias. Reitera que los términos empleados en el contrato desvirtúan por sí solos la tesis de la imposibilidad legal sobrevenida y no dejan lugar a dudas, por lo que debe otorgarse relevancia a la interpretación literal, dada la condición de las partes y conocimientos jurídicos de quienes intervinieron en la negociación, redacción y firma del contrato de escrow, antes y después de su firma; insiste en que lo que se estableció en el contrato fue un régimen de distribución de riesgos y no una garantía de cumplimiento de una obligación.

2.- A través del segundo motivo de impugnación sostiene que la sentencia desconoce la estructura condicional del contrato y la consiguiente función de asignación objetiva o cobertura de riesgos, mediante el expediente técnico jurídico de la condición. Insiste en que el contexto en el que debía celebrarse el contrato era de elevado riesgo político y de una dramática inseguridad jurídica y no pudiendo asumirlo él, fue BOD quien lo hizo expresamente y por escrito, desde el principio; sustenta dicha apreciación en lo reflejado en los borradores de propuesta y demás pruebas aportadas.

3.- El tercer motivo de impugnación, que se formula, como adicional y subsidiario, se articula sobre la base de que ni siquiera medió la supuesta imposibilidad legal sobrevenida de cumplir el contrato de escrow, a la vista de la interpretación y alcance que debe otorgarse a la nueva normativa en la que se basa la pretensión de la demandante. En el mismo motivo sostiene la existencia de una infracción procesal referida a la forma en que se practicó y desarrolló la prueba pericial de la parte actora. En cuanto al primer extremo, si bien reitera que, al haber quedado acreditada la inexistencia de obligación que cumplir, ello hace innecesario entrar a analizar la supuesta imposibilidad legal sobrevenida de cumplir el contrato de escrow, en que basa su pretensión la demandante, pone de manifiesto que la solicitud de autorización de la transmisión, solicitada por BOD a las autoridades venezolanas, que finalmente le fue denegada mediante Oficio de la SUDEBAN el 1 de julio de 2008, era innecesaria y había sido indebidamente formulada, por cuanto la Resolución de 18 de junio de 2008 no afectaba en rigor, a la compra por BOD del Banco de Venezuela y la sentencia, al motivar su decisión sobre ese extremo infringe el artículo 347 de la LEC, en cuanto tacha de subjetivismo su argumentación, de manera infundada y valora indebidamente la prueba pericial. Sostiene que la forma en que se practicó la prueba

del perito de la parte actora, vulnera lo establecido en el artículo 347.5 de la LEC , en cuanto admitió, y luego fue tenido en cuenta en la sentencia, que el perito de la parte actora se ratificase en cuestiones que no habían sido objeto del dictamen por él emitido, le permitió entrar en contradicción con el dictamen de la parte contraria, de manera que su práctica no se ajustó a la forma en que se propuso en la Audiencia Previa y permitió una ampliación de dictamen pericial, lo que vulnera lo establecido en el artículo 347.2 de la LEC . y le origina indefensión. Formula a continuación, una interpretación de la legislación venezolana, considerando la acogida en la sentencia apelada infundada y obtenida en contravención de lo dispuesto en el artículo 347 de la LEC .

4.- Como cuarto motivo de impugnación, y también con carácter subsidiario, sostiene que el BOD, mediante la enajenación a terceros de los títulos que debía entregar por virtud del contrato, se colocó, ya el 1 de julio de 2008, en la imposibilidad de cumplir, por cuanto el 26 de junio de 2008, vendió a terceros la mitad de las notas estructuradas, que se identificaban en el anexo I del contrato de escrow, impidiendo con sus propios actos que concurrieran las condiciones allí previstas, discrepando de la irrelevancia que a esas circunstancias otorga la sentencia apelada.

5.- En el quinto y último motivo de impugnación, sostuvo la inexistencia de enriquecimiento sin causa por su parte, al responder la atribución patrimonial a un contrato válido.

**TERCERO** .-La parte apelada presentó escrito, en el que después de formular una exposición pormenorizada de los hechos que consideró relevantes, se opuso a todas y cada una de las alegaciones planteadas de contrario. Los motivos de oposición son, resumidamente, los siguientes:

Partiendo de que ni el contrato de escrow y sus anexos, establecen la obligación de comprar o vender el Banco de Venezuela, sostiene que la causa o finalidad de dicho contrato, accesoria e instrumental a la compraventa, era la de incentivar a las partes a realizar dicha operación y ésta resultó imposible, como consecuencia de una modificación legislativa, por lo que desaparecida la causa del Escrow, éste debe serle restituido. Niega que el contrato de escrow sea un contrato típico por el que se contractualiza la fase de negociaciones y se limite a señalar el destino de la cantidad entregada; sino que las circunstancias señaladas, son hitos o comportamientos que las partes deben realizar para que la operación de compraventa del Banco

de Venezuela se produzca, formando junto a los anexos del mismo, el acuerdo marco al que habían llegado los BS y BOD, sin que pueda apreciarse contradicción alguna por la declaración de que no existía obligación de realizar la compraventa y sí la obligación de realizar las conductas previstas en el contrato de escrow. Niega que este contrato de 15 de julio de 2008, surgiera por la necesidad de cubrirse del riesgo derivado de las supuestas consultas a las autoridades venezolanas, o que BOD asumiera el riesgo político de la operación. Entiende ser de plena aplicación al caso, la doctrina de la resolución del contrato por desaparición sobrevenida de la base objetiva del contrato y defiende la correcta aplicación que de la misma hace la sentencia apelada. Niega igualmente que exista asunción de riesgo político por su parte, por cuanto el plazo que se establece en el contrato de escrow no fue para evacuar consultas, sino en interés de ambas partes y sostiene que los únicos riesgos que ella asumió fueron los posteriores a la operación, por cuanto el contrato de escrow nada refleja sobre los riesgos políticos; Niega que el contrato tenga una estructura condicional en los términos defendidos por la apelante. Efectúa una interpretación, totalmente discrepante con la efectuada de contrario, de la normativa venezolana que tuvo incidencia en la operación de compraventa, negando igualmente que se haya producido la infracción procesal denunciada en el recurso. Finalmente, en consonancia con lo declarado por la sentencia de primera instancia, sostiene que la transmisión de las notas estructuradas no imposibilitaron la operación de compraventa tal como estaba diseñada, así como que tal situación era conocida y consentida por el B. SANTANDER.

Por último, y con carácter subsidiario, para el caso de que se considere que no hay imposibilidad legal sobrevenida, solicita la resolución del contrato por existir un enriquecimiento sin causa.

La entidad B. SANTANDER, presentó también escrito de oposición al recurso interpuesto por BOD solicitando su desestimación y la confirmación del pronunciamiento que contiene en materia de costas, con expresa condena al recurrente de las costas causadas en esta alzada.

**CUARTO** .- Delimitada en los precedentes términos las pretensiones de las partes, hemos de efectuar una relación de los hechos, que sirven de antecedente al procedimiento y entendemos son de interés para su resolución, respecto de los cuales ambas partes no muestran discrepancia, si bien cada una de ellas les otorga distinta repercusión y alcance.

Las entidades aquí enfrentadas habían diseñado la compra, por parte de BOD, del BANCO DE VENEZUELA, propiedad del B. DE SANTANDER. Tales negociaciones, según indica la demandante, se iniciaron a partir de enero de 2008 y adquirieron mayor intensidad durante los meses de mayo y junio de dicho año. Dentro de esa operación, las partes habían acordado una forma especial, y la única posible, de abonar el precio, según la cual BOD pagaría, mediante la dación en pago a B. SANTANDER, entregando unos concretos y específicos títulos valores denominados "notas estructuradas". Por su parte, el B.SANTANDER estaba interesado y debía percibir el precio de la compraventa en activos líquidos. Las denominadas notas estructuradas eran objeto de una especial regulación en el derecho venezolano. En concreto, la Resolución 2044 de 19 de mayo de 2008, obligaba a las entidades financieras venezolanas a no adquirir esos títulos valores y a deshacerse (desincorporarse) de ellos en un plazo de 90 días.

A fin de dar cumplimiento a la anterior resolución, el 30 de mayo de 2008, la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS de Venezuela (en lo sucesivo SUDEBAN) emitió una circular, la nº 11461, a través de la cual se exigía a las entidades financieras venezolanas un listado a remitir en un plazo no mayor de 10 días, en el que debían incluirse las notas estructuradas y el plan de desincorporación de las mismas.

En fecha de 3 de junio de 2008, BOD recibió comunicación del SUDEBAN de la circular 11696, de 2 de junio de 2008, reiterando lo exigido en la circular 11461 e indicando que, toda la documentación relacionada debía ser presentada en sobre cerrado y sellado directamente ante el SUDEBAN.

En fecha 7 de junio de 2008, la partes mantuvieron una reunión en la que se abordaron diferentes aspectos de la operación de compraventa.

El BOD dio cumplimiento a las circulares 11461 y a la 11696, mediante comunicación de 11 de junio de 2008, así como mediante comunicaciones de 23 y 26 de junio de 2008.

En fecha 12 de junio de 2008, D. Valentín, responsable jurídico de BOD, remitió a representantes del B. SANTANDER, un borrador de propuesta de adquisición del Banco, presentando una oferta, en cuyo apartado 19, el Comprador asevera que asume riesgos relacionados con autorizaciones y actuaciones de entes gubernamentales

En fecha 16 de junio de 2008, B. SANTANDER y BOD firmaron en Madrid, España, un contrato denominado "CONTRATO DE ESCROW" en el que exponen, entre otros extremos, el interés de ambas entidades en la compraventa de las acciones del Banco de Venezuela, sin que ninguna de ellas haya

asumido la obligación de realizar la compraventa de acciones; que el comprador ha abonado al vendedor 150.000.000 USD, para su aplicación en los términos previstos en este contrato; que para SANTANDER es esencial que DEUTSCHE BANK, se comprometa a adquirir los títulos en los términos previstos en este contrato y que los vendedores reciban irrevocable, válida y definitivamente 1.180.920.000 USD como pago por los títulos y convienen una serie de cláusulas, siendo las dos primeras las que afectan a lo discutido en este procedimientos:

En la cláusula 1. "ESCROW", se indica que el comprador ha entregado a B. SANTANDER la cantidad de 150.000.000 USD, importe de Escrow que se entrega irrevocable y definitivamente y, en consecuencia B.SANTANDER hace suyo irrevocable y definitivamente, estando obligado a reintegrarlo al comprador en el supuesto establecido en la cláusula 2.

En la Cláusula segunda, denominada "APLICACIÓN DEL IMPORTE DE ESCROW", las partes reconocen y aceptan que el importe del escrow se aplicará única y exclusivamente a los fines que se detallan en sus dos apartados; en el primero de los cuales, el A, se acuerda que el importe se reembolsará por SANTANDER al Comprador, una vez hayan quedado cumplidas todas y cada una de las siguientes circunstancias:

(i) No más tarde del 3 de julio de 2008 el Comprador:

(a) Comunica a los Vendedores su intención de llevar a cabo la compraventa de las acciones, realizando para ello las cuatro actuaciones que más adelante se describen en el apartado (ii) y que se refieren al pago por Deutsche Bank del precio; a la comparecencia de los compradores en la sede del B. SANTANDER en Madrid; a la firma del contrato y a que los Vendedores hacen suyo el precio.

(b) el comprador obtiene a su costa, y entrega a los vendedores un compromiso irrevocable de DEUTSCHE BANK, válido vinculante y exigible para DEUTSCHE BANK, por el que éste se obliga a pagar a los Vendedores, como precio por los títulos que éstos recibirán del comprador, conforme al contrato de compraventa que se hace referencia más adelante MIL CIENTO OCHENTA MILLONES NOVECIENTOS VEINTE MIL dólares (USD 1.180.920.000)

(ii) habiendo realizado el comprador la comunicación y entrega en plazo, detallan en cuatro apartados, las actuaciones antes referenciadas de cómo debe efectuar el pago del precio Deutsche Bank; a la comparecencia de los compradores en la sede del B. SANTANDER en Madrid; a la firma del contrato y a que los Vendedores hacen suyo el precio.

Dicho apartado A, concluye con el párrafo siguiente "En cualquier caso que no se cumplan todas y cada una de las circunstancias indicadas en los apartados (i) y (ii) de la cláusula A el comprador perderá definitivamente cualquier derecho respecto del importe del Escrow ( Excepto en el supuesto que resulte de aplicación la cláusula 2.B).

En este apartado B de la cláusula 2 se regulan los supuestos en que Santander vendrá obligado a reembolsar al comprador el importe del escrow y, además, a pagar al comprador 150.000.000 USD, si se cumplen todas y cada una de las circunstancias que relacionan en cuatro apartados.

En fecha 18 de junio de 2008, el Ministerio del Poder Popular para las Finanzas de Venezuela adoptó la resolución 2.079, en virtud de la cual se exigía la previa autorización administrativa del plan de Desincorporación de las Notas estructuradas, para comprar, adquirir o hacerse de cualquier manera con derechos de titularidad sobre una institución financiera o entidad bancaria sujeta a la regulación de la Resolución 2004 de 19 de mayo.

A partir de esa fecha, ambas partes admiten que representantes de ambas asistieron a reuniones o actos oficiales de diferentes autoridades venezolanas en las que se abordó el tema de la transmisión de las acciones del Banco. Por parte de BOD se remitió una comunicación a SUDEBAN el 23 de junio, manifestando su disposición a cumplir las resoluciones 2044 y la 2079, informando del plan de desincorporación de las Notas estructuradas y el 26 de junio el BOD comunicó también al SUDEBAN, su intención de adquirir la mayoría política de control del Banco de Venezuela informando también del Plan de Desincorporación, con el fin de obtener la autorización exigida por la nueva resolución 2.079, comunicación a la que contestó el SUDEBAN denegando la autorización solicitada, frustrando así la operación, al no poder darse las circunstancias que se regulaban en el contrato de Escrow, lo que motivo que BOD solicitara del B. SANTANDER la devolución de la cantidad entregada, a lo que éste se negó, por entender que no estaba obligado a ello.

**CUARTO** .- Con carácter previo al análisis de las cuestiones planteadas sobre el fondo de la controversia existente entre las partes, hemos de pronunciarnos sobre dos cuestiones referidas a aspectos procesales, planteadas una por cada parte.

La primera de ellas viene referida, a la solicitud que formula BOD en el segundo de los suplicos de su escrito de oposición al recurso de la parte contraria, en la que, con carácter subsidiario y para el caso de que se revoque la sentencia de primera instancia, interesa se dicte sentencia por la que aprecie la existencia de enriquecimiento sin causa. Dicha solicitud no puede admitirse, en cuanto excede de lo que es objeto del presente recurso de apelación, tal como se configura la segunda instancia en los artículos 456 y ss de la LEC . Este recurso, en el que siendo posible efectuar revisión total de la sentencia apelada, su alcance y objeto viene condicionado y limitado a los puntos de disconformidad señalados por cada parte, y tal contenido debía quedar perfectamente delimitado en el trámite de preparación (trámite aquí aplicable por razones cronológicas) y en el de impugnación del recurso y, en el caso presente, aunque la entidad demandante interpuso recurso de apelación, limitó el mismo al pronunciamiento de costas, por lo que si entendía que la sentencia de primera instancia debiera haber analizado la solicitud que había planteado sobre el enriquecimiento sin causa, pudo y debió haberlo alegado y argumentado, bien directamente o ad cautelam, en ese momento procesal, y no esperar al trámite de oposición al recurso, cuando la parte contraria no tenía posibilidad de sostener su postura sobre dicha pretensión.

La segunda cuestión de naturaleza procesal, también planteada con carácter subsidiario, es la alegada infracción que denuncia la entidad B. SANTANDER sobre la forma en que se desarrolló la prueba pericial de la parte contraria, lo que entiende vulnera lo establecido en el artículo 347 de la LEC . El motivo no puede acogerse, por cuanto aportado con la demanda el informe del perito D. Balbino , la proposición de la prueba en relación a dicho informe, no se limitó a su ratificación, sino que expresamente se solicitaba su comparecencia, para ratificación, preguntas y aclaraciones, y viniendo referida la controversia a la interpretación del contrato, la forma en que se desarrolló dicha prueba en el acto del juicio, no puede considerarse vulnera el espíritu y finalidad con la que se contempla en el artículo 347 de la LEC , la intervención de los peritos en el juicio, respecto de lo cual también se atribuyen especiales facultades al Tribunal que preside el acto. Por otro lado, la parte que denuncia la infracción, tuvo la posibilidad de formular también cuantas aclaraciones tuvo por conveniente al perito, por lo que ninguna indefensión se le ocasionó, sin perjuicio de la discrepancia que también manifiesta la misma parte, sobre

la valoración que efectúa la juzgadora de primera instancia sobre el contenido de dicha prueba, lo que será analizado, en su caso, dentro de los motivos de oposición que se refieren a la cuestión de fondo.

**QUINTO** .- La parte demandada, B. SANTANDER, impugna la estimación que hace la sentencia de la pretensión formulada con carácter principal en la demanda, por lo que hemos de comenzar por el análisis de dicho recurso

A pesar de las extensas alegaciones formuladas por ambas partes a lo largo del procedimiento, tanto la sentencia de primera instancia, como las partes, señalan que la cuestión esencial se centra en determinar el alcance y efectos de los pactos y cláusulas reflejadas en el contrato firmado por las partes el 16 de junio de 2008 y, en definitiva, en la interpretación del contrato, por lo que consideramos adecuado seguir, en la medida de lo posible, el orden de la sentencia de primera instancia, en la que se parte de una serie de consideraciones sobre la naturaleza jurídica del contrato, del que hacen derivar sus respectivas pretensiones las partes aquí enfrentadas.

Sostiene la juzgadora de primera instancia que, a la vista de las características sustanciales del contrato de escrow, en sentido estricto, el contrato aquí analizado 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) siendo, en definitiva, los pactos libremente adoptados por las partes los que determinan los cauces por los que la relación jurídica habrá de encauzarse y discurrir, por aplicación del artículo 1255 del cc .

Compartimos sólo en parte dicha apreciación, pues siendo las partes quienes, en definitiva, determinan el contenido y alcance de todo contrato y aunque el denominado contrato de escrow a que se refiere este procedimiento, no refleja todas y cada una de las características propias del prototipo del contrato de escrow, (la sentencia apelada concreta esa discordancia en que no se efectúa la entrega del escrow a un tercero, sino

a una de las partes), ello no puede justificar o servir de base, para prescindir sin más de esa figura jurídica y analizar el contrato en cuestión al margen de la misma, cuando las partes denominaron al contrato "de escrow" y existen continuas referencias a ese concepto jurídico en el contrato y en las diferentes alegaciones a lo largo del procedimiento. A los fines interpretativos de dicho contrato, cuestión en que centran las partes el debate, consideramos pertinente efectuar una serie de consideraciones sobre la figura jurídica del contrato de escrow y sobre la posible aplicación del mismo, o alguno de sus efectos más característicos, al supuesto aquí analizado.

Esta figura jurídica de origen anglosajón, es definido en la sentencia, en su sentido estricto y tradicional, como un convenio por el que un documento legal o un bien será entregado a un tercero que, una vez verificado el cumplimiento de unas condiciones pactadas, entrega la cosa al beneficiario indicado o lo devuelve al depositante. Como señala DE LA 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 al cumplimiento de determinadas contingencias. Es también nota característica de esos contratos o prácticas comerciales, la de que se prestan previo análisis financieros, donde se identifican las contingencias o riesgos (posibles evicciones o errores contables).

Pues bien, examinado el contrato suscrito entre las aquí litigantes el 16 de junio de 2008, tanto el ámbito económico y operación en que se enmarca, su denominación y términos empleados en el mismo, así como el contenido de las cláusulas en que centran su discrepancia las partes, ponen de manifiesto la existencia de notas propias de este tipo de contrato y que, por tanto, deben ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar la intención de las partes y determinar su alcance y contenido. Es cierto que la figura del tercero, tal como se contempla en la tradicional figura del escrow anglosajón, no existe en el caso presente, pero nada impide que las partes, en uso de su libertad de contratación, acuerden, como ocurre en el caso presente, prescindir de ese tercero y determinar directamente, sin dicha intervención, cuál será el destino de lo entregado, en función de que se acredite el cumplimiento de las circunstancias que también señalan; situación que posiblemente encuentre su explicación en el caso presente, teniendo en cuenta que las partes del contrato son dos entidades financieras, que son quienes, en la práctica habitual de estas operaciones, se constituyen en terceros.

Por tanto, a la hora de averiguar cuál era la intención y fin perseguido por las partes al celebrar el contrato, aceptando que nos encontramos ante un negocio jurídico de naturaleza compleja, adquiere especial relevancia, las notas de riesgo, condicionalidad y automatismo u objetivación que las propias partes atribuyeron al destino de la cantidad entregada en virtud del contrato, tal como señala la entidad B. SANTANDER.

**SEXO** .- Al analizar lo que constituye el contenido propio del contrato, sostiene el B. SANTANDER en el primer motivo de impugnación, que al no existir obligación por ninguna de las partes de celebrar la compraventa proyectada, las circunstancias previstas en el contrato de escrow tampoco pueden calificarse como obligaciones susceptibles de ser cumplidas o no y por tanto de ser garantizadas por las partes, sino que lo que éstas establecieron fue un régimen de distribución de riesgos que pudieran generarse, de tal manera que como éstos se llegaron a concretar, la finalidad perseguida por las partes se materializó y como consecuencia de ello la entidad actora perdió la cantidad entregada y no tiene derecho al reembolso del escrow. Compartimos básicamente dichas apreciaciones en base a lo siguiente:

La sentencia de instancia, parte de la base de que ninguna de las partes estaban obligadas a celebrar la compraventa y como consecuencia de ello, señala que no es posible concluir que las partes suscribieran este contrato para incentivar o crear estímulos para el cumplimiento de la compraventa, sino que lo que querían las partes era garantizar que BOD llevara a cabo las actuaciones necesarias para que el precio de la compraventa se satisficiera en la manera que habían diseñado en la operación de compraventa, fijando también la pena que pagaría cada una de las partes, si no se cumplía ese requisito o si cumplido decidieran no obligarse a vender o comprar. En dichas conclusiones la sentencia incurre en la contradicción que denuncia la apelante, ya que si no existía la obligación principal no es posible garantizar su cumplimiento mediante obligaciones accesorias; por otro lado, respecto de la forma de efectuar el pago y percibir el precio, no era necesaria

actuación adicional alguna de la compradora para su determinación, pues sobre ello existía pleno acuerdo y, en términos tales que, según admiten ambas, era la única forma posible de realizar la operación. Ahora bien, como esa única forma posible era mediante la entrega de notas estructuradas y sobre estos títulos valores se habían dictado varias resoluciones y exigido varias actuaciones a la compradora por la autoridad competente de Venezuela desde el 19 de mayo de 2008, en el momento

de suscribir el contrato de escrow, el 16 de junio, el riesgo de que siguieran produciéndose modificaciones legislativas sobre la misma materia era claro y evidente y el propio comportamiento de las partes, con diferentes reuniones, como la del 7 de junio, y la conversación del 15, admitidas ambas por las partes, lo ponen de manifiesto. Es cierto que el contrato, como todo negocio jurídico bilateral y oneroso, tiene un contenido obligacional, pero en el caso presente ello se concretaba en la obligación de asumir y soportar las consecuencias derivadas de la concurrencia de determinadas circunstancias expresamente descritas por las partes. En consecuencia con lo indicado, la finalidad que de manera lógica perseguían las partes con este contrato, era la de determinar quién tenía que soportar las consecuencias, si no se verificaban de manera objetiva y constatable una serie de contingencias, al margen de la actuación o comportamiento de cada una de ellas.

**SÉPTIMO** .- A través del segundo motivo de impugnación la entidad B. SANTANDER, impugna la sentencia por entender que en ella se desconoce la estructura condicional del contrato y la consiguiente función de asignación objetiva de riesgos que convinieron las partes, mediante el expediente técnico jurídico de la condición, conclusión que entiende es la que se obtiene tanto del tenor literal del contrato, como de la documentación aportada al procedimiento y declaraciones prestadas en el juicio.

Cada una de las partes sostiene que fue una finalidad distinta la que le guió a suscribir el contrato. Como señala la doctrina y jurisprudencia, la mera intención o subjetividad de las partes, a menos que aparezcan incorporados expresamente a la declaración de voluntad, no puede identificarse con la causa de los contratos, en cuanto en el artículo 1274 del cc al precisar qué debe entenderse por causa en los contratos onerosos, pone de relieve que ésta debe entenderse en un sentido objetivo, como el fin que se persigue en cada contrato. La sentencia apelada, sostiene, en los términos antes referido, que la finalidad era constituir una garantía que sirviera para incentivar a las partes a cumplir lo pactado y fijar el destino que debía darse a la cantidad entregada, sin que sea posible concluir que lo fuera para incentivar la celebración del contrato de compraventa, ni fijar el destino que debía darse a los 150 millones de dólares, pues eso es su objeto y no su causa, de manera que no puede aceptarse que su finalidad fuera repartir los riesgos de todo orden que se podían derivar de la demora en la firma del contrato de compraventa (incluidos los riesgos políticos); en el mismo sentido, señala también que no existe razón alguna para pensar que las partes pretendieran asumir los riesgos derivados de una modificación sorpresiva de la legislación venezolana. No compartimos tales conclusiones, en cuanto entendemos que no es esa la que se deriva de la literalidad del contrato, del comportamiento adoptado por las partes, e incluso de la situación en que se encontraba la operación diseñada para la compraventa de las acciones del Banco de Venezuela previa y coetáneamente a la firma del contrato de escrow.

A la hora de interpretar la intención de las partes de un contrato, el artículo 1281cc , en su apartado primero, señala que si los términos del contrato son claros se estará al sentido literal de sus cláusulas y, en el segundo, que si las palabras pareciesen contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquella. Por su parte, el artículo 1282 del mismo cc . señala que para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos o posteriores al contrato.

Los términos empleados en los Exponen y Cláusulas del contrato, que fue redactado por expertos juristas y financieros, son lo suficientemente claros y concluyentes, para comprender que la entidad compradora entregó y la vendedora hizo suya la cantidad de manera irrevocable y definitiva, que solo estaba obligada a reintegrarla de cumplirse todas y cada una de las circunstancias previstas en el contrato y que en cualquier caso que no se cumplieran todas y cada una de las circunstancias allí previstas perdería cualquier derecho respecto del importe del escrow. La sentencia de primera instancia sostiene que los términos no presentan la claridad que sostiene la demandada, y dada la generalidad de

la expresión " en cualquier caso", no puede entenderse incluido en la misma que las partes asumieran el riesgo de que la operación se frustrara por una modificación sorpresiva de la legislación venezolana, de manera que dada la intención que afirma haber guiado a las partes a suscribir el contrato, entiende que el compromiso adquirido por BOD fue asumir el buen fin de sus gestiones y conseguir el compromiso de DEUSTCBANK, pero referido al estado de cosas existente en el momento de suscribir el contrato de escrow.

No compartimos dicha conclusión, pues para ello parte de premisas que no consideramos correctas; por un lado el carácter genérico y objetivo de la expresión, como comprensivo de cualquier situación, se desprende no sólo de su literalidad "en cualquier caso", sino que es el que se obtiene de varias expresiones

más, a las que antes nos hemos referido; por otro lado existieron varios cambios legislativos sobre la materia en un breve período de tiempo (del 19 de mayo al 18 de junio), luego es lógico suponer, en una operación como la diseñada, que se contemplara tal posibilidad y el riesgo que las mismas entrañaban, por cuanto las modificaciones producidas en modo alguno pueden considerarse tendentes a favorecer o facilitar la operación y, por otro lado, no se aprecia razón suficiente para señalar como límite temporal para que la compradora asumiera riesgo, la fecha de la firma del contrato, 16 de junio, cuando la única referencia expresa que se hace en este contrato es la de 3 de julio, en la que deberían quedar cumplidas las circunstancias previstas. Tal conclusión tampoco se corresponde con la existencia del acuerdo de las partes sobre el precio y forma de materializarse el mismo, lo que excluye que BOD asumiera compromiso de realizar gestión alguna frente a DEUSTBANK, salvo la de constatar que el compromiso seguía siendo posible en fecha de 3 de julio y asumir el riesgo de perder la cantidad entregada, si ello no se producía.

Dicha interpretación literal viene confirmada por el comportamiento de las partes previamente a la firma del contrato, por cuanto como se indica anteriormente, iniciadas las negociaciones en enero y a pesar de los pactos de confidencialidad suscritos, es evidente que tal operación trascendió y, cuando menos, su existencia fue sospechada por las autoridades venezolanas; la copia de las manifestaciones que por copia se aportan del Presidente de Venezuela formuladas el 31 de julio, hacen referencia a que tenía conocimiento de la operación desde hacía varios meses; la proliferación de resoluciones emitidas por el SUDEBAN, a partir del 19 de mayo introduciendo modificaciones, no vienen sino a poner de manifiesto que el riesgo a nuevos cambios legislativos era evidente y con ello la sensación de inseguridad jurídica respecto a la materialización de la operación. Las diferentes reuniones y conversaciones celebradas durante el mes de junio, antes referidas, simultáneamente a la emisión de nuevas resoluciones regulando aspectos relacionados con la operación y la elaboración de propuestas de contrato a los que insistentemente se refieren las partes, aunque se refieren a la compraventa, revelan que sí existían riesgos de que la operación se frustrara por decisiones de las autoridades financieras de la República de Venezuela, y que dicha situación era contemplada por las partes y a ello le otorgaban importancia suficiente para motivar y justificar la suscripción del contrato aquí analizado el 16 de junio de 2008, y la conclusión lógica que de ello se obtiene, es que ,la asunción de riesgos, era una de las finalidades esenciales, sin excluir otras, o razón de ser del contrato de escrow.

Respecto de la prueba documental aportada, las partes hacen continua referencia a propuestas de adquisición del Banco de Venezuela, que aunque referidos a la compraventa, sirven también de antecedente al contrato de escrow y en ellos (clausulas 19 y 17) consta expresamente que el comprador asume los riesgos de autorizaciones y actuaciones de entes gubernamentales, luego en el momento de su elaboración, uno de ellos consta haberse remitido el 12 de junio, 4 días antes de la firma del contrato,

ambas partes eran conscientes de que tales riesgos existían y la suscripción del contrato de escrow no viene sino a confirmar tanto su existencia, como que se asumían por el comprador.

**OCTAVO** .- El hecho de que no se hiciera mención expresa de la asunción del riesgo político por la parte compradora, no puede interpretarse en la forma que lo hace la sentencia y la demandante, por cuanto lo esencial es que se desprenda del contenido completo del contrato, y lo indicado, pone de manifiesto que existen datos y base suficiente para entender que el riesgo de una modificación legislativa que frustrara la operación existía, fue contemplado por las partes y asumido por la entidad compradora, al suscribir el contrato de escrow de 16 de junio de 2008, de manera que al haberse materializado dicho riesgo, mediante el cambio legislativo introducido en la circular de 18 de julio, cobró plena efectividad las previsiones del contrato en cuanto no se cumplieron las circunstancias contempladas, y en consecuencia, la retención por parte del B SANTANDER de la cantidad entregada está plenamente amparada por lo acordado, que es ley entre las partes.

No se aprecia, en definitiva, que concurren los requisitos exigidos para que el cambio legislativo operado con la resolución 2079 de la SUDEBAN de 18 de julio, deba ser contemplado como un supuesto de imposibilidad legal sobrevenida de cumplimiento de lo pactado y que, como consecuencia de ello, deba dejarse sin efecto lo acordado por las partes, sobre la aplicación del importe de escrow, por lo que la demanda debe desestimarse.

Rechazada la demanda en base a lo anteriormente indicado, no es preciso analizar los motivos de oposición formulado en la contestación de la demanda y de impugnación en el recurso, con carácter subsidiario y a efectos dialécticos, referidos a la validez de la denegación de la autorización solicitada y alcance de la modificación legislativa operada a través de la Resolución 2.079, así como al incumplimiento que se atribuye a BOD en relación a la transmisión de las notas estructuradas con anterioridad al 31 de julio de 2008, pues con independencia de la interpretación discrepante que ambas partes sostienen sobre el alcance de las diferentes

resoluciones de SUDEBAN, lo que objetivamente ha quedado constatado es que la modificación operada por la resolución dictada el 18 de junio, motivó la denegación de la autorización de transmisión solicitada y, como consecuencia de ello, la discrepancia surgida entre las partes respecto de a quién corresponden los

150.000.000 USD, para cuya aplicación o destino se concertó el contrato de escrow de 16 de junio de 2008

**NOVENO** .- En cuanto al pronunciamiento sobre las costas de primera instancia, la desestimación de la demanda, condiciona la decisión a adoptar respecto del recurso interpuesto por BOD, en cuanto la aplicación del principio del vencimiento objetivo, conllevaría que deba soportar las costas dicha entidad apelante; en todo caso el recurso debe desestimarse y mantenerse dicho pronunciamiento, por cuanto entendemos que el mismo se ajustaba plenamente a lo establecido en el artículo 394 de la LEC , en el momento de dictarse la sentencia de primera instancia, tal como había quedado planteada allí la controversia.

Por otro lado, la postura adoptada por ambas partes en esta alzada sobre dicho pronunciamiento, pone de manifiesto y justifica la aplicación de la excepción que establece el artículo 394 de la LEC , sobre la existencia de serias dudas de hecho y de derecho, que si bien es de aplicación restrictiva, no está excluida y siendo la cuestión realmente discutida la interpretación del contrato, cuestión de carácter eminentemente jurídico, la diversidad de interpretaciones sobre el comportamiento o actuaciones de

ambas partes, justifican que pueda existir dudas razonables sobre los hechos base de la reclamación; así mismo la existencia de criterios jurisprudenciales discrepantes a la hora de interpretar el alcance y efectos de expresiones o términos del contrato y de la que ofrecen abundante cita las partes en sus respectivos escritos de recurso y oposición, justifica también la apreciación de serias dudas de derecho, y la aplicación de dicha excepción.

**DÉCIMO** .- En cuanto a las costas de esta segunda instancia, la estimación del recurso interpuesto por

B. SANTANDER conlleva la no formulación de pronunciamiento de condena sobre las costas aquí causadas por su recurso, en base a lo establecido en el artículo 398.1 de la LEC .

En cuanto a las causadas por el recurso interpuesto por el BANCO OCCIDENTAL DE DESCUENTO, BANCO UNIVERSAL, C.A., al desestimarse deben imponerse a dicha entidad, en base a lo establecido en el artículo 398.2 de la LEC .

Por lo que se refiere al depósito constituido para recurrir, en aplicación de la Disposición adicional 15ª de la LOPJ , el constituido por B.SANTANDER deberá devolverse y se declara la pérdida del constituido por BOD, debiendo el juzgado de primera instancia dar a cada uno de ellos el destino legalmente procedente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## **FALLAMOS**

**SE ESTIMA** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad "BANCO DE SANTANDER, S.A" y **SE DESESTIMA** el recurso interpuesto por la entidad "BANCO OCCIDENTAL DE DESCUENTO, BANCO UNIVERSAL, C.A", ambos contra la sentencia de fecha 1 de octubre de 2010, dictada por el Juzgado de primera instancia nº 26 de los de Madrid , en los autos de procedimiento ordinario nº 1.043/2009, la cual **SE REVOCA**, y en su consecuencia:

**SE DESESTIMA LA DEMANDA** interpuesta por la representación procesal de BANCO OCCIDENTAL DE DESCUENTO, BANCO UNIVERSAL, C.A contra BANCO DE SANTANDER S.A, entidad a la que se absuelve de las pretensiones formuladas en su contra.

**NO SE IMPONEN LAS COSTAS CAUSADAS EN PRIMERA INSTANCIA A NINGUNA DE LAS PARTES.**

Todo ello sin formular pronunciamiento de condena sobre las costas causadas en esta alzada como consecuencia del recurso interpuesto por BANCO DE SANTANDER S.A., a quien deberá devolverse el depósito constituido para recurrir y con imposición a BANCO OCCIDENTAL DE DESCUENTO, BANCO UNIVERSAL C.A., de las costas causadas como consecuencia de su recurso y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Se hace saber a las partes que frente a la presente resolución cabe interponer **Recurso de Casación y/o Extraordinario por Infracción Procesal**, en los supuestos previstos en los artículos 477 y 468 respectivamente de la LEC en relación con la Disposición Final 16ª de la misma Ley , a interponer en el plazo de VEINTE DÍAS ante este mismo órgano jurisdiccional. Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por

importe de 50 euros, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J ., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito el recurso de que se trate no será admitido a trámite, excepto en los supuestos

de reconocimiento expreso de exención por tener reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita. (Caso de interponerse ambos recursos deberá efectuarse un depósito de 50 euros por cada uno de ellos).

Dicho depósito habrá de constituirse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2838 en la sucursal 1036 de Banesto sita en la calle Ferraz nº 41 de Madrid.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**-Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

*PROVINCIA*