



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 613/2014, de 24 de octubre de 2014

Sala de lo Civil

Rec. n.º 470/2013

SUMARIO:

Atipicidad contractual y disciplina normativa aplicable. Contrato de compraventa de acciones. Contrato de escrow: compraventa de acciones. Delimitación de su tipicidad básica. Atipicidad contractual y asignación de riesgos. Interpretación de contratos. El artículo 1.255 del Código Civil, permite la posibilidad de que las partes puedan configurar una relación negocial compleja sin la necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley. Los contratos mixtos o denominados contratos complejos confluyen, con mayor o menor atipicidad, elementos que pertenecen a diversos tipos contractuales. El «nomen iuris» empleado por las partes en el contrato no resulta determinante ni condiciona la valoración que los jueces y tribunales deban realizar conforme al contenido material del negocio en cuestión. Se debe estar a la claridad de los términos utilizados en el contrato y si no es posible a la intención realmente querida por las partes. Carácter instrumental del contrato de escrow respecto del complejo negocial querido por las partes en donde se depositan unos fondos conexos al cumplimiento de los términos y circunstancias pactados. Este contrato, suele contemplar la intervención como parte contractual de un tercero depositario; no obstante, esta caracterización no determina la delimitación básica del contrato de escrow y puede no concurrir. La tipicidad básica de esta figura en el presente caso anida en la citada participación del «agente de escrow» que debía ejecutar las operaciones cruzadas en orden a la transmisión de las pertinentes acciones y que no pudo llevarse a cabo por el cambio normativo producido y la falta de autorización del Gobierno Venezolano. El riesgo que presentaba la correspondiente autorización gubernativa de esta transacción se sitúa en la esfera de actuación prestacional que debía realizar el Banco vendedor de las acciones, tanto por la sujeción de dicha operación de compra a las autorizaciones de las entidades de supervisión venezolanas, como para el buen fin del diseño o estructura del complejo negocial proyectado. La correcta calificación del denominado «importe del escrow» como arras penitenciales otorga plena consolidación y justificación al derecho del comprador a la propiedad de dicho importe o suma entregada.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 1.105, 1.117, 1.255, 1.274, 1.275, 1.281, 1.282, 1.283, 1.285 y 1.887.

PONENTE:

Don Francisco Javier Orduña Moreno.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Octubre de dos mil catorce.



www.civil-mercantil.com

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 595/2011 por la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1043/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 26 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Manuel Sánchez-Puelles González Carvajal en nombre y representación de BANCO OCCIDENTAL DE DESCUENTO, BANCO UNIVERSAL, C.A., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Manuel Sánchez-Puelles González Carvajal en calidad de recurrente y el procurador don Eduardo Codes Feijoo en nombre y representación de BANCO SANTANDER, S.A. en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

1. El procurador don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de BANCO OCCIDENTAL DE DESCUENTO, BANCO UNIVERSAL, C.A. interpuso demanda de juicio ordinario, contra BANCO SANTANDER, S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"...a) Declare la resolución del denominado "Contrato de Escrow", celebrado el 16 de octubre de 2008 entre el BOD y el demandado, como consecuencia de una imposibilidad legal sobrevenida y, en consecuencia, condene al Banco Santander, S.A. a restituir a Banco Occidental de Descuento, Banco Universal, C.A.

-CIENTO CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES USA (150.000.000 USD); -más CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO SESENTA Y CUATRO DÓLARES USA CON VEINTICINCO CENTAVOS (4.656.164,25 USD) de intereses de legales devengados desde el día 2 de julio de 2008 hasta el 4 de mayo de 2009, fecha de interposición de la demanda;

-más los intereses de legales correspondientes devengados desde dicha interposición hasta el momento en que la demandada realice la restitución reclamada.

b) Subsidiariamente, condene al Banco Santander, S.A. a restituir a mi mandante -el Banco Occidental de Descuento, Banco Universal, C.A.-

-CIENTO CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES USA (150.000.000 USD); más CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO SESENTA Y CUATRO DÓLARES USA CON VEINTICINCO CENTAVOS (4.656.164,25 USD) de intereses de legales devengados desde el día 2 de julio de 2008 hasta el 4 de mayo de 2009, fecha de interposición de la interposición de la demanda;

- más los intereses de legales correspondientes devengados desde dicha interposición hasta el momento en que la demandada realice la restitución reclamada, al retener dicha mercantil la citada cantidad sin título para ello, situación constitutiva de enriquecimiento sin causa.



www.civil-mercantil.com

c) Todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada".

2.- El procurador don Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de BANCO SANTANDER, S.A., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "...se desestime íntegramente la demanda que se condene a la parte actora al pago de las costas procesales".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 26 de Madrid, dictó sentencia con fecha 1 de octubre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: 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-Puelles Gomez-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 DOLARES USA mas los intereses legales devengados por dicha cantidad desde el 2 de julio de 2008, que ascienden a fecha 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.

Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal del BANCO OCCIDENTAL DE DESCUENTO, BANCO UNIVERSAL, C.A., Y LA REPRESENTACIÓN DEL BANCO SANTANDER, S.A., la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 9 de octubre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: 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."



www.civil-mercantil.com

Por Auto de fecha 28 de diciembre de 2012, se completó la sentencia en el sentido de:"... LA SALA ACUERDA : SE COMPLETA LA SENTENCIA DICTADA EN ESTE DE APELACIÓN, de fecha 9 de octubre de 2012 , en el siguiente sentido, SE DESESTIMA LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA FORMULADA POR LA ENTIDAD DEMANDANTE BANCO OCCIDENTAL DE DESCUENTO, BANCO UNIVERSAL, C.A., contra BANCO DE SANTANDER. SE MANTIENE EL RESTO DE PRONUNCIAMIENTOS."

Tercero.

1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de BANCO OCCIDENTAL DE DESCUENTO, BANCO UNIVERSAL, C.A. con apoyo en los siguientes MOTIVOS :

Primero.

Artículo 477.1 LEC infracción del párrafo 2º del artículo 1281 CC .

Segundo.

Artículo 477.1 LEC infracción del párrafo primero del artículo 1281 CC .

Tercero.

Artículo 477.1 LEC , infracción del artículo 1285 CC .

Cuarto.

Artículo 477.1 LEC por infracción artículo 1282 CC .

Quinto.

Artículo 477.1 LEC , infracción del artículo 1283 CC .

Sexto.

Artículo 477.1 LEC , infracción del artículo 1105 CC .

Séptimo.

Artículo 477.1 LEC , infracción del artículo 1117 CC .

Octavo.

Artículo 477.1 LEC , infracción del artículo 1274 CC .

Noveno.

Artículo 477.1 LEC , infracción del artículo 1275 CC .



www.civil-mercantil.com

Décimo.

Artículo 477.1 LEC , infracción del artículo 1887 CC .

Cuarto.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 22 de octubre de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte demandada para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de BANCO SANTANDER, S.A. presentó escrito de oposición al mismo.

Quinto.

No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de octubre del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1. El presente caso plantea, como cuestiones principales, la delimitación o caracterización básica del denominado contrato de escrow y su incidencia en la interpretación y régimen de eficacia de una compleja relación negocial de las partes para llevar a cabo una operación bancaria de compraventa de acciones.

2. En el contexto interpretativo de la relación negocial entre el Banco Occidental de Descuento y el Banco e Santander debe señalarse, ab initio (desde el inicio), que dicha relación responde al interés del Banco Occidental en la adquisición del Banco de Venezuela, entidad en la que el Banco de Santander, y sus filiales, ostentan la titularidad de un significativo paquete de acciones. En el diseño de esta operación el interés del Banco de Santander se centra en activos líquidos, por lo que se realiza el pago en atención a la transmisión de unos títulos del Banco Occidental, "Notas estructuradas", y al compromiso de una tercera entidad, el Deutsche Bank, en orden a su posterior adquisición por 1.180.920.000 \$ USA.

La instrumentalización negocial de esta operación se realiza, principalmente, de forma concatenada a través de un contrato de escrow, de 16 de junio de 2008, seguido de un contrato de compraventa de acciones y de un contrato adicional, ambos de 4 de julio de 2008, confirmados y desarrollados, a su vez, por una carta confidencial de la misma fecha. A los efectos que aquí interesan debe destacarse la siguiente reglamentación del citado contexto contractual.

A) CONTRATO ESCROW.

"COMPARECEN



www.civil-mercantil.com

I. Banco Santander, S.A. ("Santander"), una sociedad española, con domicilio social en Paseo de Pereda, 9-12, Santander, España y número de identificación fiscal español A39000013; y

II. Banco Occidental de Descuento, Banco Universal, C.A. (el "Comprador"), una sociedad venezolana, con domicilio social en Calle 77, Esquina con Avenida 77, Maracaibo, Estado Zulia, Venezuela e inscrita en el registro de información fiscal (R.I.F.) de Venezuela con el número J-30061946-0.

Santander y el Comprador serán referidos, conjuntamente, como las "Partes" y cada uno de ellos como una "Parte".

EXPONEN

I. Que Banco de Venezuela, S.A. Banco Universal (la "Sociedad") es una sociedad venezolana, con domicilio social en Avenida Universidad, Esquina de Sociedad, Torre Banco de Venezuela, Caracas 1010-A, Venezuela, inscrita en el registro de información fiscal (R.I.F.) de Venezuela con el número J-000029482, constituido originalmente por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal, Venezuela, en el tercer trimestre de 1890 bajo el No. 33, Folio 36 Vto. del Libro Protocolo duplicado e inscrito en el Registro de Comercio del Distrito Federal, Venezuela, el día 2 de septiembre de 1890 bajo el número 56, modificados sus estatutos sociales en diversas oportunidades, siendo su última reforma la que consta de asiento inscrito en el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital, Estado Miranda, Venezuela, el 13 de octubre de 2003, bajo el número 5, Tomo 146-A y cuyas acciones están admitidas a negociación en la Bolsa de Valores de Caracas, C.A. (la "Bolsa de Valores")

II. Que Santander es titular de 3.529.765.053 acciones de la Sociedad (la "Tenencia Directa") y Santander Bank & Trust Ltd ("SBT" y, junto a Santander, los "Vendedores"), una filial de Santander, es titular de 59.661.189 acciones de la Sociedad (la "Tenencia Indirecta" y, junto con la Tenencia Directa, las "Acciones").

III. Que el Comprador está interesado en adquirir las Acciones, y Santander está interesado en vender, y hacer que SBT venda, las Acciones sin que ninguna de las Partes haya asumido la obligación de realizar la compraventa de las Acciones.

IV. Que el Comprador ha abonado con anterioridad a la firma de este contrato (el "Contrato") y con fecha valor en esta fecha CIENTO CINCUENTA MILLONES (150.000.000) de dólares de los Estados Unidos de América ("Dólares" o USD) en la cuenta que Santander tiene abierta en Nueva York, Estados Unidos de América, con Citibank N.A. con el número 10936195 (ABA: 021000089, CHIPS: 120400) (la "Cuenta Santander-NY") para su aplicación en los términos previstos en este contrato.

V. 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 MIL CIENTO OCHENTA MILLONES NOVECIENTOS.

VI. Que el Comprador esta interesado en adquirir las Acciones, y los vendedores como interesados en vender las Acciones, en los términos y condiciones establecidos en el presente Contrato (el "Contrato"), prestando en consecuencia las Partes su consentimiento a las siguientes,

CLÁUSULAS

1. OBJETO



www.civil-mercantil.com

En virtud del presente Contrato el Comprador se obliga a comprar las Acciones a los Vendedores, y los Vendedores se obligan a vender las Acciones al Comprador, en los términos y condiciones previstos en el presente Contrato y en esta fecha.

2. PRECIO

2.1. Importe

El Comprador se obliga a pagar a los Vendedores, como se detalla en la Cláusula 2.2, la cantidad de CUATRO MIL NOVECIENTOS MILLONES (4.900.000.000,00) de Bolívares Fuertes ("Bolívares" o "BV") como precio total por las Acciones (el "Precio Total"). El Precio Total se distribuye entre los Vendedores de la siguiente manera:

(A) CUATRO MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE Bolívares (BV 4.818.555.277) como precio total a satisfacer a Santander por las Acciones correspondientes a la Tenencia Directa (el "Precio Total por la tenencia Directa"); y

(B) OCHENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS Bolívares (BV 81.444.723) como precio total a satisfacer a SBT por las Acciones correspondientes a la Tenencia Indirecta (el "Precio Total por la tenencia Indirecta").

El Comprador reconoce y acepta que los Vendedores han consentido el Precio Total en atención a que (i) la Sociedad declaró el pasado 9 de abril de 2008 dividendos por importe total de CIENTO SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL Bolívares (13V 107.500.000), de los cuales CIENTO CINCO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO Bolívares (BV 105.798.338) correspondían a los Vendedores, y, además, declaró el pasado [fecha a ser determinada por los Vendedores con posterioridad al 16 de junio] de 2008 CINCUENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS DIECINUEVE MIL TREINTA Y NUEVE Bolívares (BV 56.319.039), de los cuales CINCUENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTISIETE MIL NOVECIENTOS VEINTE Bolívares (13V 55.427.920) correspondían a los Vendedores y (ii) que esos dividendos cuyo cobro corresponde a los Vendedores han sido abonados irrevocable y definitivamente por la Sociedad a los Vendedores en su integridad con anterioridad a la firma de este Contrato.

2.2. Pago

El Precio Total deberá satisfacerse por el Comprador a los Vendedores mediante dación en pago y por consiguiente entrega de la plena y libre propiedad de los Títulos a Santander (los cuales se listan en el Anexo marcado "1"), en esta fecha y con fecha valor también en esta fecha, mediante el traspaso de custodia de los Títulos en la cuenta de valores número [] que Santander tiene abierta con Deutsche Bank en Nueva York, Estados Unidos de América (la "Cuenta de Valores de Santander").

3. TRANSMISIÓN DE LAS ACCIONES

La transmisión de las Acciones, que está condicionada, en beneficio de los Vendedores, a la recepción por los Vendedores de la plena y libre propiedad sobre los Títulos



www.civil-mercantil.com

conforme a lo indicado en la Cláusula 2.2 y a la confirmación por Deutsche Bank a los Vendedores de esa recepción, se realizará de la siguiente manera:

(A) Los Vendedores, una vez recibidos los Títulos y la confirmación de esa recepción conforme a lo antes señalado, enviarán a BOD Valores Casa de Bolsa, C.A. (el "Agente") la orden de ejecución de la operación cruzada; y

(B) El Comprador, una vez remitida por los Vendedores la orden de ejecución, instruirá al Agente para que ejecute la operación cruzada.

Los Vendedores darán pleno cumplimiento a su obligación de entrega de las Acciones con la remisión de la referida orden de ejecución conforme a lo indicado en la Cláusula 3.(A), siendo responsabilidad del Comprador instruir al Agente para que, realizada esa remisión, se ejecute la operación cruzada.

4. PARTICIPACIÓN A LA COMISIÓN NACIONAL DE VALORES

A tenor de lo expuesto en el Artículo 110 de la Ley de Mercado de Capitales , el Comprador se compromete a notificar a la Comisión Nacional de Valores su intención de adquirir las Acciones de la Sociedad, en virtud de que las mismas conllevan alcanzar una participación significativa en el capital de la Sociedad tal y como la define la norma.

5. PARTICIPACIÓN A LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

Por cuanto la operación de compraventa de las Acciones prevista en el presente Contrato se realizará a través de una operación cruzada en la Bolsa de Valores de Caracas, C.A., el Comprador se obliga a cumplir con el Artículo 21 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras .

De conformidad con lo previsto en dicho artículo de la Ley de Bancos, la adquisición de las Acciones a través de la Bolsa de Valores de Caracas, C.A. no requerirá autorización de la superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, pero deberá ser participada a ésta dentro de los cinco (5) días hábiles bancarios siguientes a la inscripción del traspaso de las Acciones en el Libro de Accionistas de la Sociedad. Por cuanto el Comprador pasará a ser titular de más de diez por ciento (10%) del capital social de la Sociedad, el Comprador deberá presentar a la Superintendencia de Bancos toda la información requerida por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras".

Dicho contrato se sujeta a la jurisdicción y legislación aplicable de la República Bolivariana de Venezuela.

B) CONTRATO DE COMPRAVENTAS DE ACCIONES.

"EXPONEN

I. Que Banco de Venezuela, S.A. Banco Universal (la "Sociedad") es una sociedad venezolana, con domicilio social en Avenida Universidad, Esquina de Sociedad, Torre Banco de Venezuela, Caracas 1010-A, Venezuela, inscrita en el registro de información fiscal (R.I.F.) de Venezuela con el número J-000029482, constituido originalmente por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal, Venezuela, en el tercer trimestre de 1890 bajo



www.civil-mercantil.com

el N° 33, Folio 36 Vto. del Libro Protocolo duplicado e inscrito en el Registro de Comercio del Distrito Federal, Venezuela, el día 2 de septiembre de 1890 bajo el número 56, modificados sus estatutos sociales en diversas oportunidades, siendo su última reforma la que consta de asiento inscrito en el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital, Estado Miranda, Venezuela, el 13 de octubre de 2003, bajo el número 5, Tomo 146-A y cuyas acciones están admitidas a negociación en la Bolsa de Valores de Caracas, C.A. (la "Bolsa de Valores").

II. Que Santander es titular de 3.529.765.053 acciones de la Sociedad (la "Tenencia 'recta'") y SBT, una filial de Santander, es titular de 59.661.189 acciones de la Sociedad (la "Tenencia Indirecta" y, junto con la Tenencia Directa, las "Acciones").

III. Que el Comprador es titular de los títulos que se describen en el Anexo marcado "1" (los "Títulos") que el Comprador tiene depositados con Deutsche Bank AG ("Deutsche Bank") en su cuenta de valores número [] en Nueva York, Estados Unidos de América (la "Cuenta de Valores del Comprador").

VEINTE MIL Dólares (USD 1.180.920.000) como Pago por los Títulos (según se define éste en este Contrato) conforme a lo previsto en este Contrato.

IV. Que las Partes tienen interés en celebrar el presente Contrato, prestando en consecuencia las Partes su consentimiento a las siguientes,

CLÁUSULAS

1. ESCROW

El Comprador ha entregado a Santander CIENTO CINCUENTA MILLONES de Dólares (USD 150.000.000) (el "Escrow") mediante el abono en la Cuenta Santander-NY a que se ha hecho referencia en el Expositivo IV.

El importe del Escrow se entrega por el Comprador a Santander irrevocable y definitivamente y, en consecuencia, Santander lo hace suyo irrevocable y definitivamente, estando obligado a reintegrarlo al Comprador sólo en el supuesto establecido en la Cláusula 2 siguiente.

2. APLICACIÓN DEL IMPORTE DEL ESCROW

Las Partes reconocen y aceptan que el importe del Escrow se aplicará única y exclusivamente a siguientes fines:

(A) El importe del Escrow se reembolsará por Santander al Comprador, mediante abono en la cuenta abierta en Deutsche Bank AG ("Deutsche Bank") en Nueva York, Estados Unidos de América que indique el Comprador (la "Cuenta del Comprador"), una vez hayan quedado cumplidas todas y cada una de las siguientes circunstancias:

(i) no más tarde del 3 de julio de 2008 (la "Fecha Límite"), el Comprador (a) comunica a los Vendedores su intención de llevar a cabo la compraventa de las Acciones realizando para ello las actuaciones indicadas en los subapartados (a) a (d) del apartado (ii) siguiente y (b) 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 Deutsche Bank se obliga a pagar a los Vendedores, como precio por los Títulos que éstos recibirán del Comprador conforme al Contrato de Compraventa al que se hace referencia más adelante, MIL CIENTO OCHENTA MILLONES NOVECIENTOS VEINTE MIL Dólares (USD 1.180.920.000), mediante abono de



www.civil-mercantil.com

fondos líquidos y disponibles para los Vendedores por ese importe no más tarde de las 15:00 Horario Central Europeo ("CET") del Día Hábil anterior a la Fecha de Cierre (según se define ésta más adelante) en la cuenta abierta en Deutsche Bank en Nueva York, Estados Unidos de América que indique Santander (la "Cuenta del Vendedor"), que los Vendedores harán suyos irrevocable, válida y definitivamente contra entrega por los Vendedores a Deutsche Bank, en la Fecha de Cierre, de instrucciones irrevocables para que Deutsche Bank registre a nombre de Deutsche Bank los Títulos que los Vendedores recibirán del Comprador conforme al Contrato de Compraventa (las "Instrucciones a DB"); y

(ii) habiendo el Comprador realizado la comunicación y la entrega indicadas en la Cláusula 2.(A).(i) en plazo, (a) Deutsche Bank paga a los Vendedores MIL CIENTO OCHENTA MILLONES NOVECIENTOS VEINTE MIL Dólares (USD 1.180.920.000) el Día Hábil anterior a la Fecha de Cierre conforme a lo indicado en la Cláusula 2.(A).(i) (el "Pago por los Títulos"); (b) el Comprador, a través de representante(s) debidamente facultados(s) al efecto, (1) comparece a las 10:00 CET del 4 de julio de 2008 (la "Fecha de Cierre") en las oficinas de Santander en Ciudad Grupo Santander, Av. de Cantabria, s/n, 28660 Boadilla del Monte (Madrid), España; (2) suscribe en ese acto el contrato de compraventa relativo a las Acciones, el contrato adicional y la carta conforme a los modelos acordado por las Partes que se adjuntan como Anexo 2 (respectivamente, el "Contrato de Compraventa", el "Contrato Adicional" y la "Carta"); y (3) entrega a los Vendedores la plena y libre propiedad de los Títulos conforme a lo establecido en el Contrato de Compraventa; (c) al tiempo de la firma del Contrato de Compraventa no concurre ninguna circunstancia que constituiría un incumplimiento del Comprador conforme al Contrato de Compraventa, el Contrato Adicional y la Carta; y (d) los Vendedores hacen suyo el Pago por los Títulos irrevocable, válida y definitivamente contra la entrega de las Instrucciones a DB.

En cualquier caso en que no se cumplan todas y cada una de las circunstancias indicadas en los apartados (i) y (ii) de la Cláusula 2. (A), el Comprador perderá definitivamente cualquier derecho respecto al importe del Escrow (excepto en el supuesto en que resulte de aplicación la Cláusula 2. (B)).

(B) Santander vendrá obligado a reembolsar al Comprador el importe del Escrow y, además, a pagar al Comprador CIENTO CINCUENTA MILLONES de Dólares (USD 150.000.000) mediante abono, en la cuenta en Nueva York, Estados Unidos de América o Madrid, España que el Comprador designe, de fondos líquidos y disponibles para el Comprador en ese importe no más tarde de las 16:00 CET de la Fecha de Cierre si se cumplen todas y cada una de las siguientes circunstancias:

(i) el Comprador hubiese realizado la comunicación y entregado el compromiso irrevocable indicados en la Cláusula 2.(A).(i) en plazo y compareciese conforme a lo indicado en la Cláusula 2.(A).(ii);

(ii) Deutsche Bank hubiese realizado el Pago por los Títulos conforme a lo indicado en la Cláusula 2.(A).(ii);

(iii) los Vendedores no suscribiesen el Contrato de Compraventa el Contrato Adicional y la carta ese mismo acto ; y

(iv) al tiempo en que debiese firmarse el Contrato de Compraventa no concudiese ninguna circunstancia (a) que constituiría un incumplimiento del Comprador conforme al Contrato de Compraventa, el Contrato Adicional y la Carta o (b) que, siendo imputable al Comprador o a Deutsche Bank, haría imposible que se diesen todas y cada una de las circunstancias indicadas en los apartados (i) y (ii) de la Cláusula 2.(A) aun cuando los Vendedores hubiesen suscrito el Contrato de Compraventa, el Contrato Adicional y la Carta.



www.civil-mercantil.com

Para evitar dudas, las Partes reconocen y aceptan que, de no suscribirse el Contrato de Compraventa, el Contrato Adicional y la Carta conforme a lo establecido en esta Cláusula, se entenderá automática e irrevocablemente que las Partes optan por no realizar la compraventa de (incluyendo, a título enunciativo pero no exhaustivo, por daños o perjuicios) distinto al pago o retención de las cantidades expresamente previstas en esta Cláusula.

Asimismo, el Comprador reconoce que es esencial para Santander y motivo determinante de la venta de las Acciones de Deutsche Bank se comprometa a adquirir los Títulos conforme a lo señalado anteriormente y que los Vendedores reciban irrevocable, válida y definitivamente no más tarde de la Fecha de Cierre el Pago por los Títulos conforme a lo señalado anteriormente.

Cualesquiera términos definidos utilizados en este Contrato y que no tengan un significado atribuido en este Contrato tendrán el significado que se les atribuye en el modelo acordado de Contrato de Compraventa o el Contrato Adicional que se adjuntan a este Contrato.

Dicho contrato se somete a la jurisdicción y legislación vigente del Reino de España.

C) CONTRATO ADICIONAL .

" CLÁUSULAS

1. OBJETO

En virtud del presente Contrato las Partes (i) establecen ciertas previsiones adicionales y complementarias a las establecidas en el Contrato de Compraventa que resultarán de aplicación entre las Partes; y (b) establecen ciertos derechos y obligaciones relativos a las relaciones entre el Comprador y las Sociedades del Grupo, de un lado, y, de otro, las Sociedades Santander.

A efectos de los Contratos se entenderá:

(A) por "Grupo Santander" a Santander y aquellas sociedades que, directa o indirectamente, estén controladas por Santander o estén bajo el control común de Santander y otra(s) persona(s) pero excluyendo las Sociedades del Grupo;

(B) por "Sociedades Santander" las sociedades integrantes del Grupo Santander, incluyendo a Santander;

(C) por "Grupo de la Sociedad" a la Sociedad y aquellas sociedades que, directa o indirectamente, estén controladas por la Sociedad o estén bajo el control común de la Sociedad y otra(s) persona(s); y

(D) por "Sociedades del Grupo" las sociedades integrantes del Grupo de la Sociedad, incluida la propia Sociedad.

2. RELACIONES ENTRE GRUPO SANTANDER Y EL GRUPO DE LA SOCIEDAD

2.1. Opción de venta de la Casa de Bolsa

El Comprador otorga a Santander una opción de venta (la "Opción") respecto a todas las acciones representativas del capital social de Valores Santander Casa de Bolsa, C. A. (la "Casa de Bolsa") . Santander podrá ejercitar la Opción, por al menos el 85% del capital social de la Casa de Bolsa, en cualquier momento dentro del año siguiente a la firma de este Contrato y, en tal caso, el Comprador vendrá obligado a adquirir las acciones representativas del capital



www.civil-mercantil.com

social de la Sociedad de Corretaje por un precio igual al resultado de multiplicar el porcentaje del capital social de la Casa de Bolsa que representen las acciones transmitidas por la suma del valor neto patrimonial y los beneficios acumulados de la Casa de Bolsa al tiempo de perfeccionarse la venta de esas acciones y, en todo lo demás, en los términos y condiciones del Contrato de Compraventa y de este Contrato, mutatis mutandi.

3. DECLARACIONES Y GARANTÍAS

3.1. Declaraciones y garantías recíprocas

Cada una de las Partes declara y garantiza a las otra Parte, respecto de sí misma, que:

(A) goza de válida existencia como una sociedad con plena personalidad jurídica de acuerdo con su ley nacional, según ésta se indica en la identificación de las Partes en este Contrato;

(B) tiene la capacidad jurídica y de obrar requeridas para ser parte de este Contrato y cumplir las obligaciones derivadas de este Contrato y los restantes actos y negocios jurídicos contemplados en este Contrato;

(C) ha adoptado los acuerdos sociales y llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para la celebración y cumplimiento de este Contrato y los restantes actos y negocios jurídicos contemplados en este Contrato;

(D) las obligaciones que asume en este Contrato son obligaciones válidas, vinculantes para esa Parte y su cumplimiento le puede ser exigido conforme a sus propios términos; y

(E) la celebración y cumplimiento del Contrato y de los restantes actos y negocios jurídicos contemplados en este Contrato por esa Parte no supondrá el incumplimiento de sus estatutos sociales o de cualquier obligación que resulte aplicable a esa Parte ni requiere ningún consentimiento, permiso, autorización, registro o aprobación por parte de ninguna autoridad u órgano (judicial, gubernamental o de cualquier otro tipo) de cualquier jurisdicción que no haya sido obtenido a la fecha de este Contrato.

3.2. Declaraciones y garantías del Comprador

El Comprador declara y garantiza al Vendedor que cuenta a esta fecha con todos los consentimientos, permisos, autorizaciones, registros o aprobaciones que pudiesen ser requeridos conforme a cualquier normativa por cualquiera de las Partes, la Sociedad o cualquier Sociedad del Grupo para celebración y cumplimiento del Contrato y de los restantes actos y negocios jurídicos contemplados en este Contrato por cualquiera de las Partes.

3.3. Ausencia de otras declaraciones y garantías por parte de los Vendedores

Excepto por las declaraciones y garantías de los Vendedores realizadas en la cláusula 7.2 del Contrato de Compraventa respecto a la titularidad de las Acciones,

(A) los Vendedores transmitirán las Acciones (e, indirectamente, la Sociedad y restantes Sociedades del Grupo) al Comprador, y el Comprador las adquirirá, "como están y donde están" ("as is, where is"), es decir, (a) en el lugar en que se encuentren, en el estado y situación de hecho o jurídica en que se hallen -sean conocidas o no por alguna o todas las Partes; (b) sin declaraciones o garantías explícitas ni implícitas, incluyendo, a título enunciativo pero no exhaustivo, en cuanto a titularidad, extensión, legitimidad, funcionamiento, adecuación



www.civil-mercantil.com

para propósito alguno, valor o integridad y en cuanto a su existencia real o completa; y (c) no asumiendo el Vendedor ninguna responsabilidad respecto a las Acciones ni a las Sociedades del Grupo, excepto en los concretos y específicos aspectos expresamente referidos en el Contrato; y

(B) los Vendedores no realizan, ni puede entenderse que realizan declaración o garantía alguna, expresa o tácita, en relación con las Acciones, las Sociedades del Grupo o las actividades, negocios, situación, jurídica o fáctica, bienes, derechos u obligaciones de las Acciones o las Sociedades del Grupo o la información relativa a cuanto antecede.

3.4. Otras obligaciones del Comprador

Se deja expresa constancia de que el Comprador será el único responsable y se obliga a (i) notificar la transmisión de las Acciones a aquellas autoridades u órganos judiciales, administrativos o de otra forma competente) a que, conforme a la normativa aplicable, deban el Comprador o las Sociedades del Grupo comunicar la adquisición de las Acciones conforme a este Contrato y (ii) cumplir con cualesquiera obligaciones que para el Comprador o las Sociedades del Grupo se generen como consecuencia de la adquisición de las Acciones conforme al Contrato de Compraventa conforme a cualquier normativa aplicable (incluyendo, a título enunciativo, del mercado de valores o bancaria).

4. INCUMPLIMIENTO

4.1. De declaraciones y garantías

Si cualquiera de las declaraciones y garantías realizadas por una Parte en cualquiera de los Contratos fuesen o resultasen incumplidas, inexactas o falsas (a los efectos de esta Cláusula 4.1, la Parte incumplidora o la que haya realizado la declaración o garantía incumplida, inexacta o falsa, la "Parte Incumplidora") la Parte Incumplidora deberá (como único remedio y acción para las Partes Perjudicadas) indemnizar a las otras Partes (a los efectos de esta Cláusula 4.1, las "Partes Perjudicadas") por todos y cada uno de los daños y perjuicios que sufriesen las Partes Perjudicadas derivados o resultantes del incumplimiento, inexactitud o falta de veracidad de las declaraciones y garantías realizadas por la Parte Incumplidora.

4.2. Otras obligaciones

Si una Parte incumpliese cualquiera de sus obligaciones conforme a cualquiera de los Contratos distintas de aquellas a las que resulta de aplicación la Cláusula 4.1 (a los efectos de esta cláusula 4.2, la "Parte Incumplidora"), como únicos remedios y acciones para las Partes Perjudicadas:

(A) las otras Partes (a los efectos de esta Cláusula 4.2, las "Partes Perjudicadas") tendrán derecho a exigir a la Parte Incumplidora el cumplimiento específico o in natura por la Parte Incumplidora de la obligación incumplida; y

(B) de forma alternativa o acumulativa al referido cumplimiento, según elijan las Partes Perjudicadas, elección que podrán variar mientras persista el incumplimiento, la Parte Incumplidora deberá indemnizar a las Partes Perjudicadas por todos y cada uno de los daños y perjuicios que sufriesen las Partes Perjudicadas derivados o resultantes del incumplimiento de que se trate.



www.civil-mercantil.com

4.3. Carácter exclusivo de las acciones por incumplimiento

Las Partes acuerdan que:

(A) los Contratos no podrán ser terminados, dejados sin efecto o resueltos unilateralmente por una de las Partes en ningún supuesto; y

(B) los derechos y acciones previstas en esta Cláusula 4 tienen carácter exclusivo y sustituyen a cualesquiera otros derechos, acciones, excepciones o reclamaciones que las Partes pudiesen tener conforme a cualquier normativa (incluyendo, a título enunciativo pero no exhaustivo, acciones por resolución, terminación, quanti minoris, pasivos, vicios, defectos o gravámenes) en relación con (i) los aspectos cubiertos por las declaraciones y garantías realizadas por las Partes en cualquiera de los Contratos, (ii) el incumplimiento, inexactitud o falta de veracidad o de cualquier otro modo en relación con esas declaraciones y garantías o (iii) cualquier otro incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de los Contratos por una de las Partes".

El presente contrato se sujeta a la jurisdicción y legislación vigente del Reino de España.

D) CARTA DE CONFIRMACIÓN.

"1. Introducción

Por la presente les confirmamos que el Comprador conoce y acepta que los Vendedores han prestado su consentimiento al Contrato de Compraventa sobre la base de que las declaraciones y garantías realizadas por el Comprador en el Contrato de Compraventa y en el Contrato Adicional son veraces y exactas y, en consecuencia, que (A) ni las Partes, ni las Sociedades del Grupo precisan de consentimiento, permiso, autorización, registro o aprobación alguna para que /la compraventa de las Acciones pueda consumarse y perfeccionarse conforme a lo previsto en el Contrato de Compraventa y (B) que cualesquiera consentimientos, permisos, autorizaciones, registros o aprobaciones que el Comprador o las Sociedades del Grupo puedan tener que obtener o realizar con posterioridad a la firma del Contrato de Compraventa no afectarán a las operaciones previstas en el Contrato de Compraventa, ni a la validez, eficacia o exigibilidad de los Contratos, de las obligaciones en ellos establecidas o de los actos o negocios jurídicos realizados por el Comprador en cumplimiento o ejecución de los Contratos.

En ese sentido, y tomando en consideración que, una vez consumada la compraventa de las Acciones conforme al Contrato de Compraventa el Comprador deberá obtener distintas autorizaciones y realizar distintos actos y negocios jurídicos conforme a la normativa venezolana (las "Obligaciones Normativas"), por la presente el Comprador asume irrevocablemente las obligaciones que se establecen a continuación . A efectos de esta carta se entenderá por "Autoridades" cualquier autoridad u órgano judicial, administrativo o de otra forma competente.

2. Obligaciones del Comprador en relación con sus Obligaciones Normativas

2.1. Obligaciones respecto al cumplimiento de las Obligaciones Normativas

El Comprador se obliga a:



www.civil-mercantil.com

(A) llevar a cabo, a su costa, cuantos actos o negocios jurídicos sean necesarios para cumplir las Obligaciones Normativas sin que los Vendedores, ni los Contratos, ni cualesquiera actos o negocios jurídicos realizados en cumplimiento o ejecución de los Contratos se vean afectados por ese cumplimiento;

(B) para ello, a título enunciativo pero no exhaustivo, (a) ofertar a las Autoridades cualesquiera compromisos de desinversión de activos o derechos, tales como la enajenación a terceros de las Acciones, y (b) aceptar condiciones impuestas por las Autoridades consistentes en la desinversión de activos o derechos, tales como la enajenación a terceros de las Acciones, siempre que, tanto para (a) como para (h), ni los Vendedores, ni los Contratos, ni cualesquiera actos o negocios jurídicos realizados en cumplimiento o ejecución de los Contratos se vean afectados por esos compromisos o condiciones.

2.2. Obligaciones de indemnización

El Comprador se obliga a mantener indemnes a los Vendedores frente a todos y cada uno de los daños y perjuicios que pudiesen sufrir como consecuencia de:

(A) las Obligaciones Normativas y los actos o negocios jurídicos realizados por el Comprador o las Sociedades del Grupo en relación con las Obligaciones Normativas; o

(B) cualquier acción, demanda o reclamación instada contra los Vendedores por cualquier orden, decisión o resolución dictada por una Autoridad en relación con (a) las Obligaciones Normativas y los actos o negocios jurídicos realizados por el Comprador o las Sociedades del Grupo en relación con las Obligaciones Normativas; o (b) la resolución de los Contratos o de cualesquiera actos o negocios jurídicos realizados en cumplimiento o ejecución de los Contratos.

3. Ineficacia de los Contratos

Para el caso de que, por cualquier orden, decisión o resolución dictada por una Autoridad, (a) cualquiera de los pagos o contraprestaciones recibidas por los Vendedores conforme a cualquiera de los Contratos fuese, total o parcialmente, declarado nulo; y (b) los Vendedores viniesen obligados a devolver, total o parcialmente, cualquier cantidad o contraprestación recibida conforme a cualquiera de los Contratos o a pagar una cantidad sustitutiva de la devolución de esas contraprestaciones, en tales circunstancias ((a) o (b)), el Comprador acepta que resultará de aplicación lo siguiente, y se obliga a cumplir con ello:

(A) el Comprador deberá satisfacer a los Vendedores:

(i) como cuantía fija, pactada como irrevocable y no sujeta a revisión o moderación por haber sido fijada en atención a la singular gravedad de los eventos referidos en esta estipulación 3, QUINIENTOS MILLONES de Dólares (USD 500.000.000) (distribuidos entre los Vendedores en proporción al reparto del Precio Total); y, adicionalmente,

(ii) como cuantía variable, el resultado, si es que es positivo, de restar (a) al Precio Total por las Acciones (b) el valor de mercado de las Acciones determinado por un banco de inversión reconocido internacionalmente designado de común acuerdo por las Partes y, a falta de acuerdo, por los Vendedores de entre los siguientes: Merrill Lynch, Goldman Sachs, JP Morgan y Rothschild. La determinación del valor de mercado de las Acciones deberá realizarse por el banco de inversión designado (a) a una fecha posterior a aquella en que los Vendedores comuniquen al Comprador que ha tenido lugar uno de los supuestos referidos en esta



www.civil-mercantil.com

estipulación 3 y (b) según el libre criterio del banco de inversión designado. La determinación del valor de mercado de las Acciones realizada conforme a este párrafo será definitiva y vinculante para las Partes; mediante abono, en la cuenta abierta en Santander en Madrid, España que los Vendedores indiquen al Comprador, de fondos líquidos y disponibles para los Vendedores en los importes indicados, no más tarde de las 16:00 CET del Día Hábil siguiente a aquel en que los Vendedores comuniquen al Comprador que ha tenido lugar uno de los supuestos referidos en esta estipulación 3; y

(B) el Comprador, simultáneamente a la recepción del pago del precio de acuerdo con lo establecido en esta carta, deberá transmitir a los Vendedores las Acciones (e, indirectamente, la Sociedad y restantes Sociedades del Grupo) en el estado en que se encuentran en el día de hoy y que para la Sociedad y las restantes Sociedades del Grupo será el que resulte de los estados financieros consolidados e individuales a 30 de junio de 2008, siendo de aplicación lo siguiente:

(i) si en el plazo de cuatro (4) meses desde la fecha en que los Vendedores hayan comunicado al Comprador que ha tenido lugar uno de los supuestos referidos en esta estipulación 3, se hubiesen obtenido todos los consentimientos, permisos, autorizaciones, registros o aprobaciones que fuesen precisos para que los Vendedores puedan adquirir las Acciones: (a) el Comprador deberá transmitir a los Vendedores en la fecha que estos indiquen, las Acciones (e, indirectamente, la Sociedad y las restantes Sociedades del Grupo) en los términos indicados en el párrafo anterior; y (b) simultáneamente, los Vendedores deberán reintegrar el precio por las Acciones satisfecho por el Comprador conforme al Contrato de Compraventa neto de los importes indicados en el apartado 3.(A) de esta carta. Los Vendedores tendrán derecho a repetir la determinación del valor de mercado de las Acciones conforme a lo establecido en el párrafo 3.(A) anterior. La nueva valoración será definitiva y vinculante para las Partes;

(ii) en el caso de que los consentimientos, permisos, autorizaciones, registros o aprobaciones que fuesen precisos para que los Vendedores puedan adquirir las Acciones no se hubiesen obtenido transcurridos cuatro (4) meses desde la fecha en que los Vendedores hayan comunicado al Comprador que ha tenido lugar uno de los supuestos referidos en esta estipulación 3, los Vendedores (a) podrán decidir renunciar definitivamente a adquirir las Acciones y a recibir el pago del importe referido en el apartado 3.(A).(ii) y (b) simultáneamente, harán suyo definitiva e irrevocablemente el importe recibido como Precio Total por las Acciones, sin perjuicio del derecho a percibir el importe que les corresponde de acuerdo con lo previsto en el apartado 3.(A).(i); y

(iii) en el caso de que por cualquier motivo el Comprador no transmitiese o resultase manifiesto que no es posible la transmisión por el Comprador de las Acciones (e, indirectamente, la Sociedad y las restantes Sociedades del Grupo) en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado 3.(13), los Vendedores (a) podrán decidir renunciar definitivamente a adquirir las Acciones y a recibir el pago del importe referido en el apartado 3.(A).(ii) y (b) simultáneamente, hará suyo definitiva e irrevocablemente el importe recibido como Precio Total por las Acciones, sin perjuicio del derecho a percibir el importe que les corresponde de acuerdo con lo previsto en el apartado 3.(A).(i).

Asimismo, el Comprador se obliga desde el momento en que se iniciase cualquier acción, demanda o reclamación instada contra los Vendedores por cualquier Autoridad, o se dictase por una Autoridad cualquier orden, decisión o resolución, que pudiesen dar lugar a alguno de los eventos referidos en esta estipulación 3, a gestionar y administrar las Acciones y



www.civil-mercantil.com

las Sociedades del Grupo de buena fe, consultando con los Vendedores y dando prioridad al mantenimiento del valor de las Acciones.

4. Otros términos y condiciones

(A) Duración: Las obligaciones del Comprador conforme a esta carta estarán vigentes (i) hasta el primer aniversario desde esta fecha si transcurrido ese período no se hubiese iniciado procedimiento alguno por parte de cualquier Autoridad; o (ii) en otro caso, hasta la fecha de su íntegro cumplimiento.

(B) Para evitar dudas, las Partes dejan expresa constancia de que los términos de ésta Carta prevalecerán sobre los de los Contratos.

(C) La cláusula 5 del Contrato Adicional resultará de aplicación, mutatis mutandi, a esta carta.

(D) El derecho venezolano regirá los procedimientos administrativos que pudieran dar lugar a alguno de los supuestos establecidos en el primer párrafo de la estipulación 3 de esta carta. Asimismo, resultarán de aplicación cualesquiera otras normas de derecho imperativo venezolano.

(E) Los derechos y obligaciones de las Partes bajo la presente carta se regirán e interpretarán de acuerdo con el derecho del Reino de España y las Partes, con renuncia expresa al fuero que pudiera corresponderles, acuerdan someter cualesquiera controversias y litigios que deriven de esta carta o que surjan en relación con ésta a la jurisdicción exclusiva de los juzgados y tribunales de la ciudad de Madrid (España)".

3. En síntesis, por el BANCO OCCIDENTAL DE DESCUENTO. BANCO UNIVERSAL, C.A. se formuló juicio ordinario contra el BANCO DE SANTANDER, S.A., en el que se ejercitaba con carácter principal, la acción resolutoria del contrato de escrow de fecha 16 de junio de 2008 por imposibilidad legal sobrevenida de cumplimiento y subsidiariamente acción de enriquecimiento sin causa, reclamando que se devolviese la cantidad de 150.000.000 USD, que la actora había entregado previamente a la demandada, más los intereses legales.

Por el Juzgado de Primera Instancia se dictó sentencia por la que se estimaba la demanda, acogiendo los argumentos esgrimidos en la demanda y consideró que concurría la imposibilidad sobrevenida para el cumplimiento del contrato. Recurrída en apelación, la Audiencia Provincial dictó sentencia por la que estimaba el recurso al considerar que no 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. Asimismo considera que en el caso de autos, el contenido obligacional del contrato se concretaba en la obligación de asumir y soportar las consecuencias derivadas de la concurrencia de determinadas circunstancias expresamente descritas por las partes, constando expresamente que el comprador asume los riesgos de autorizaciones y actuaciones de entes gubernamentales, pues ambas partes eran conscientes de que tales riesgos existían y la suscripción del contrato de escrow no viene sino a confirmar tanto su existencia, siendo asumidos por el comprador, ahora recurrente.

Recurso de casación

Atipicidad contractual y disciplina normativa aplicable. Contrato de escrow: compraventa de acciones, delimitación de su tipicidad básica. Atipicidad contractual y eficacia



www.civil-mercantil.com

del complejo negocial proyectado. Planos de análisis y delimitación de conceptos. Atipicidad contractual y asignación contractual del riesgo: Delimitación de supuestos.

Segundo.

1. Por el BANCO OCCIDENTAL DE DESCUENTO. BANCO UNIVERSAL, C.A., se formuló RECURSO DE CASACIÓN, al amparo del ordinal 2º del art. 477.2 de la LEC, que fundamenta en DIEZ MOTIVOS, en el primero de ellos se alega la infracción del art. 1281.2 del Código Civil porque la sentencia impugnada aplica erróneamente las consecuencias propias de un contrato típico de escrow al contrato litigioso suscrito entre las partes, el 16 de junio de 2008, que no se corresponde con el cont en ido típico de un contrato de escrow porque discrepa en aspectos esenciales como es, entre otros, la falta de la figura del tercero depositario. La recurrente considera que el nomen iuris no es determinante para la calificación del contrato. Falta una de las partes, consustancial a todo contrato de escrow: el tercer depositario, su naturaleza no es autónoma sino instrumental y el contrato cuestionado no cumple ninguna de las funciones propias del escrow: ni la solutoria, ni la de garantía del comprador respecto a las condiciones de una cosa entregada. La correcta calificación del contrato en litigio y sus anexos, es la de ser un contrato atípico, realizado por las partes con la finalidad de: 1) formalizar y documentar el acuerdo a que habían llegado respecto a como quieren que se realice la compraventa del Banco de Venezuela, 2) incentivar la realización de dicha compra, fijando un alto precio a pagar por aquel que voluntaria o culposamente no cumpliera dichas conductas y frustrase la operación pactada. En el segundo motivo se alega la infracción del art. 1281.1 del Código Civil, porque los términos del contrato litigioso suscrito por las partes, el 16 de junio de 2008, son claros y no dejan duda sobre el hecho de que la intención de las partes no era atribuir el riesgo político a la recurrente. La recurrente considera manifiestamente errónea la interpretación del contrato efectuada por la Audiencia Provincial, toda vez que los términos del contrato no sirven para avalar la tesis de la Audiencia, pues guardan un total y absoluto silencio respecto al riesgo político y su supuesta asunción por parte de la recurrente. En el tercer motivo se alega la infracción del art. 1285 del Código Civil, porque la sentencia impugnada desconoce que el riesgo político se regulaba en el modelo de carta, que se incorporó como anexo 2 al contrato litigioso suscrito entre las partes, el 16 de junio de 2008. La recurrente considera que la realizada al amparo del artículo 1285 del Código Civil desmiente, sin ningún género de duda, la interpretación realizada en la sentencia impugnada, pues el contrato de escrow no se hizo para regular el riesgo político, para eso se hizo el modelo de carta que se incorporó como anexo 2, parte 3 de 3 del contrato de escrow. Carta en la que se especifica, expresa y detalladamente se regulaba la cuestión relativa al riesgo político y su atribución y que no llegó a desplegar sus efectos ya que su eficacia estaba condicionada a que se hubiese celebrado la compraventa del Banco de Venezuela, cosa que finalmente no se produjo. Asimismo considera que si las partes hubieran querido regular el riesgo político anterior a la compraventa del Banco de Venezuela, lo lógico es que lo hubieran hecho con la misma claridad y precisión que lo hicieron respecto a la regulación del riesgo político posterior a la compraventa. En el cuarto motivo se alega la infracción del art. 1282 del Código Civil porque los actos anteriores y coetáneos de las partes demuestran que su intención no fue atribuir a la recurrente el riesgo político al celebrar el contrato litigioso suscrito con fecha 16 de junio de 2008. La recurrente considera que los actos anteriores de las partes (Acta y borradores), ponen de manifiesto que la intención evidente de las partes era regular la operación de compraventa del Banco de Venezuela y, dentro de ella, como cuestiones accesorias distintas e independientes entre si: i) el depósito en garantía o escrow, por un lado y, ii) el riesgo político, por otro. Del mismo modo los actos coetáneos de las partes (contrato de



www.civil-mercantil.com

escrow y modelo de carta) corroboran que la intención evidente de las partes fue la de no mezclar ambas cuestiones, sino tratarlas de forma autónoma e independiente en dos documentos distintos. En el quinto motivo se alega la infracción del art. 1283 del Código Civil, porque la sentencia recurrida, al interpretar que las partes quisieron atribuir el riesgo político a la recurrente al celebrar el contrato litigioso está incluyendo en su contenido cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar. La recurrente considera que al suscribir el contrato de escrow y sus anexos, las partes no se propusieron contratar sobre el riesgo inexistente en ese momento: sobre el riesgo de que las autoridades venezolanas impidiesen a priori la realización de la compraventa del Banco de Venezuela, por eso ese riesgo no se menciona en ningún sitio, las partes no pactaron absolutamente nada. Si que pactaron ese riesgo ante la posibilidad de que las autoridades venezolanas lo impidiesen a posteriori la realización de la compraventa (Modelo de carta). En el sexto motivo se alega la infracción del art. 1105 del Código Civil, porque la sentencia recurrida desconoce que la recurrente no puede ser hecha responsable de un caso fortuito. La recurrente considera que estamos ante un caso fortuito, que no fue asumido contractualmente por ninguna de las partes y que debe dar lugar a la resolución del contrato y recíproca restitución de prestaciones con sus correspondientes intereses. En el séptimo motivo se alega la infracción de art. 1117 del Código Civil, porque la sentencia recurrida no aplica las consecuencias de la imposibilidad de cumplimiento de una condición potestativa por el acaecimiento de un caso fortuito sobrevenido. El octavo motivo se alega la infracción del art. 1274 del Código Civil por desaparición de la base del negocio jurídico y por tanto de la causa de atribución patrimonial a la recurrida. El noveno motivo se basa en la infracción del art. 1275 del Código Civil, porque la sentencia recurrida, al interpretar que el contrato litigioso suscrito entre las partes fue un mero instrumento de reparto de una cantidad de dinero, le priva de una causa lícita. El décimo motivo se basa en la infracción del art. 1887 del Código Civil, porque la sentencia recurrida ampara el enriquecimiento sin causa de la recurrida.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser desestimados.

2. En orden a la mayor claridad expositiva de la Sentencia, se procede a agrupar los cinco primeros motivos del recurso de casación a los efectos de ofrecer una fundamentación sistemática de las principales cuestiones de calificación e interpretación contractual que plantea el presente recurso.

3. Consideraciones previas.

En relación a la cuestión relativa a la interpretación y alcance del denominado contrato de escrow interesa adelantar, previamente, las siguientes precisiones en el ámbito de la atipicidad contractual.

En primer lugar, el principio general de libertad contractual y de autonomía privada, que consagra el artículo 1255 del Código Civil, permite la posibilidad de que las partes puedan configurar una relación negocial compleja sin la necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley y, a la vez, la posibilidad de modificar o sustituir la disciplina correspondiente a un determinado tipo de contrato, todo ello de conformidad con los concretos intereses o propósito negocial que, en cada caso, las partes traten de articular por medio de su relación negocial; entre otras, STS de 10 de julio de 2012 (núm. 428/2012). En este primer plano, por tanto, el principio general de libertad contractual se centra, primordialmente, en una función de ajuste o de concreción de la tipicidad contractual que resulte relevante a los efectos de la finalidad perseguida, destacando aquellos elementos que correspondiendo a diferentes



www.civil-mercantil.com

contratos típicos sirvan a tal propósito. De esta forma, según terminología al uso, suelen distinguirse entre las figuras que se conciertan en una sola síntesis o unidad contractual, caso de los contratos mixtos o de los denominados contratos complejos en donde confluyen, con mayor o menor atipicidad, elementos que pertenecen a diversos tipos contractuales, y las figuras relativas a una unión o pluralidad de contratos en donde se produce una conexión o ligamen, caso de los denominados contratos coligados, que representan la unión de contratos distintos, pero queridos globalmente por las partes ya como un todo, o bien en una relación de mutua dependencia; dando lugar a contratos recíprocos, a contratos subordinados o, en su caso, a contratos alternativos.

En segundo lugar, y al hilo de lo anteriormente expuestos, debe indicarse que el principio de libertad de contratación, por mor de su propia expansión conceptual y lógica, tiende a complementar la disciplina normativa de la relación negocial llevada a cabo por las partes que no resulta directamente inferida de la tipicidad así confirmada (entre otras, STS de 4 de marzo de 2013, núm. 85/2013). En este segundo plano, que no es de delimitación de la tipicidad básica, en sentido estricto, la autonomía de la voluntad se centra en la definición del régimen de eficacia contractual que articula la relación negocial conforme al propósito negocial querido en última instancia por las partes. De esta forma, en el marco de estos negocios complejos se atiende, entre otros extremos, a la determinación de las circunstancias que deben completar o integrar la formación progresiva de la relación negocial, a la eficacia del contrato y sus posibles fases, a la determinación del elemento condicional, en su caso, o al régimen indemnizatorio derivado del incumplimiento o frustración del contrato, SSTS de 12 de abril de 2013 (núm. 226/2013) y de 9 de octubre de 2014 (núm. 572/2014).

En tercer lugar también conviene considerar que, pese a las anteriores puntualizaciones, la interpretación de estos contratos complejos suele realizarse desde la unidad económica y jurídica que dota de sentido a estas prácticas de contratación, principalmente respecto de aquellos supuestos en donde la eficacia de la relación negocial proyectada puede quedar comprometida; determinación del objeto o fin práctico perseguido, elementos negociales considerados por las partes como esenciales o supuestos de frustración del propósito negocial perseguido. En este sentido, debe señalarse que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala ha destacado el papel de la doctrina de la base del negocio tanto en orden a la interpretación de la reglamentación contractual llevada a cabo, como a la pertinente calificación jurídica que resulte, SSTS de 18 de noviembre de 2013 (núm. 638/2013), de 21 de marzo de 2014 (núm. 132/2014) y 13 de junio de 2014 (núm. 299/2014).

En cuarto lugar, en relación a este contexto de interpretación, también debe precisarse que el "nomen iuris" empleado por las partes ya en la definición de la tipicidad básica de la relación negocial proyectada, o bien, respecto de otros extremos de la programación, no resulta determinante ni condiciona la valoración que los jueces y tribunales deban realizar conforme al contenido material del negocio en cuestión y su ajustada calificación jurídica, STS de 25 de febrero de 2013 (núm. 58/2013).

En quinto lugar, también interesa señalar que en este marco de calificación jurídica en el cual nos movemos los conceptos de tipicidad y atipicidad no son estáticos ni absolutos, sino mas bien relativos, pues se produce una clara inter-relación entre ellos en función del contenido normativo que presente el ordenamiento jurídico y, en su caso, la evolución del uso o la tipicidad negocial que resulte aplicable. Del mismo modo que, en esta línea, también debe considerarse que, por lo general, los fenómenos negociales que irrumpen en el ámbito de la atipicidad contractual (res nova) suelen presentar inicialmente, una caracterización abierta y flexible en su régimen de aplicación, cuestión que repercute, necesariamente, en el alcance de su tipicidad básica. Por último, y en sexto lugar, también hay que precisar que al contexto de la atipicidad contractual, estrictamente unido al desarrollo de la actividad social y económica, le es



www.civil-mercantil.com

especialmente aplicable el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos. Principio que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, conforme al desenvolvimiento del Derecho contractual europeo, ha reconocido como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico; más allá de su mera aplicación como criterio interpretativo en sede contractual, STS de 15 de enero de 2013 (núm. 827/2012).

4. Contrato de escrow delimitación de su tipicidad básica.

En el examen de esta cuestión de fondo que plantea el presente caso debe puntualizarse, en contra de lo alegado por la parte recurrida, y sin detrimento de la debida diferenciación formal a efectos del recurso de casación, entre la impugnación de la interpretación realizada y la infracción normativa de los criterios legales en materia de interpretación y calificación contractual, que la fundamentación técnica aplicable al presente caso no puede descansar o ser reconducida directamente a la interpretación gramatical referida al "sentido literal" que dispone nuestro artículo 1281 del Código Civil , pues dicha consecuencia solo resulta posible cuando, dentro de la unidad del fenómeno interpretativo, la interpretación gramatical, como elemento impulsor de dicho fenómeno, conduce, dada la claridad y sistematización de los términos empleados, a que la interpretación literal sea el punto de partida y también el punto de llegada del curso interpretativo; de forma que se impide, so pretexto de la labor interpretativa, que se pueda modificar el sentido o calificación de una declaración de voluntad que resulte ser clara y precisa, esto es, que no de lugar a cuestión interpretativa (STS de 18 de mayo de 2012, núm. 294/2012). Cuando esto no es así, la interpretación literal también resulta decisiva pero en orden a establecer las cuestiones que resulten interpretables, esto es, que el contrato por su falta de claridad, contradicciones, complejidad, vacíos o por la propia conducta de los contratantes, contenga disposiciones que deben ser objeto de valoración interpretativa; de suerte que el fenómeno interpretativo debe seguir su curso, valiéndose para ello de los diferentes medios de interpretación a su alcance para dotarlo no solo de un sentido concorde con la intención realmente querida por las partes, tal y como dispone el citado artículo 1281 del Código, sino también con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

En el presente caso esto es lo que ocurre, no tanto respecto al propósito perseguido por las partes o base del negocio, que resulta suficientemente explicitado en los "expositivos" del complejo negocial, pero si respecto de cuestiones nucleares pertinentes tanto a la calificación contractual de los extremos negociales que concurren, como al régimen de eficacia de la propia relación negocial proyectada en su unidad.

Hecha esta puntualización, y contando con las consideraciones anteriormente expuestas con relación a la atipicidad contractual, el análisis conceptual del fenómeno interpretativo del presente caso debe empezar, conforme a la concatenación negocial seguida por las partes, por la delimitación de la tipicidad básica del denominado contrato de escrow para determinar, posteriormente, su incidencia o alcance en el régimen de eficacia de la relación negocial proyectada.

Respecto de la primera cuestión indicada, y siguiendo el hilo discursivo de la sentencia de la Audiencia, deben precisarse las siguientes pautas interpretativas.

En primer lugar debe tenerse en cuenta, conforme a las anteriores consideraciones que con carácter general se han expuesto, que en la actualidad el contrato de escrow, figura originaria del Derecho angloamericano que suele ser traducida con referencia genérica a la idea o noción de depósito, se está desarrollando en una inicial fase de marcada atipicidad con modalidades y aplicaciones muy variadas y diferenciables en los ámbitos en los que incide, casos, entre otros, de la propiedad intelectual y el sector informático (el denominando escrow



www.civil-mercantil.com

informático o escrow de software), del desarrollo de la denominada nueva economía, instrumentalizando los pagos de las compraventas realizadas a través de internet, de las transacciones internacionales, asegurando su correcta ejecución, o del crédito hipotecario, como cuenta en depósito en garantía para el pago de impuestos y seguros del bien hipotecado. En esta línea, en donde se destaca su marcado carácter instrumental respecto del complejo negocial querido por las partes, y su función genérica de aseguramiento de la correcta ejecución programada, el citado contrato también encuentra una variada aplicación en la práctica jurídico financiera a través de la denominada "cuenta escrow" en donde se depositan unos fondos conexos al cumplimiento de los términos y circunstancias pactados.

En el contexto descrito, y en segundo lugar, de acuerdo con las consideraciones generales anteriormente vertidas (quinta y sexta), la caracterización de la figura contractual, en esta fase inicial de progresiva consolidación, responde una valoración necesariamente abierta y flexible conforme al principio de libertad de contratación y autonomía negocial de las partes contratantes; valoración, abierta y flexible, que también debe informar la delimitación de la tipicidad básica o esencial de la figura. Desde esta perspectiva, por tanto, aunque la definición usual de la figura se realice con relación a la noción del contrato de depósito, ya típico o irregular, y, por extensión, su articulación suela contemplar la intervención como parte contractual de un tercero depositario; no obstante, debe puntualizarse que esta caracterización no determina la delimitación básica del contrato de escrow. En efecto, desde el análisis conceptual que debe realizarse en el contexto descrito, la delimitación básica o nuclear de la figura, conforme a su carácter instrumental y accesorio y a su función general de aseguramiento de la correcta ejecución de la relación negocial proyectada, reside, mas bien, en la participación o servicio de una tercera persona, que suele denominarse "agente de escrow", que sin ser parte o haber participado de la negociación y desarrollo reglamentario de la relación negocial, y con independencia de la nota de ajenidad respecto de las partes contratantes, resulta llamado por razón de la confianza otorgada (fiducia) para velar por los intereses de las partes en el buen fin de la relación negocial programada a través de la verificación del exacto o regular cumplimiento del contrato celebrado, o de algunas obligaciones derivadas del mismo. Desde esta tipicidad básica o nuclear la fuente informadora, y también de integración supletoria de esta figura atípica, queda referenciada en el contrato de mandato, que determina las instrucciones de verificación que deben realizarse, esto es, las denominadas notas de automatismo y objetivación de la figura, y en el contrato de servicios que le sirve de marco de actuación y que, a su vez, también participa de las notas de confianza y profesionalidad del prestador del servicio; generalmente sujeto a retribución pero que también puede ser configurado a título gratuito.

Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado.

5. La doctrina jurisprudencial expuesta, llevada al supuesto de enjuiciamiento, exige realizar las siguientes consideraciones que conducen a la ya enunciada desestimación de los motivos previamente agrupados, particularmente con referencia al primero de ellos.

En este sentido, y pese a la referencia genérica que las partes realizan a la figura del contrato de escrow, especialmente para calificar el propio contrato inicial, de 16 de junio de 2008, o el clausulado del contrato de compraventa de acciones, de 4 de julio de 2008, con referencia directa a la "cuenta escrow" (cláusula primera), lo cierto es, siguiendo en este punto a la sentencia de la Audiencia, que las partes en el presente caso, en uso de su libertad de contratación, prescinden a la hora de configurar su relación negocial de la intervención de un tercero depositario como parte contractual, propiamente dicha, en el entramado contractual celebrado; sin que pueda sostenerse, tal y como afirma la parte recurrente, que desde la base negocial que informa el complejo contractual, o bien, desde la interpretación sistemática del



www.civil-mercantil.com

mismo, se infiera el carácter esencial de dicha caracterización en el contrato de escrow proyectado. Extremo, por otra parte, que como se ha expuesto no forma parte integrante de la tipicidad nuclear o básica de la figura. En este mismo curso de calificación, como mas adelante se analiza, también interesa destacar que la propia "cuenta de escrow" del contrato de compraventa tampoco se configura como un contrato de depósito, propiamente dicho, de suerte que, en contra de lo alegado por la parte recurrente, no cabe valorar la hipotética función, ya solutoria, o bien de garantía, que le era asignada al pretendido contrato de depósito.

Dicho esto, y a los efectos de la tipicidad básica señalada, también interesa puntualizar, en contra de lo argumentado en este punto por la sentencia de Audiencia, como de lo alegado por la parte recurrida, que si en el presente caso procede reconocer una cierta aplicación básica del contrato de escrow no es porque dicha figura opere con una función de mera distribución o asignación de riesgos (supuesto del "riesgo político" o "riesgo país" del presente caso), extremo mas propio del contenido y naturaleza contractual que refiera de modo principal el complejo negocial y, en su caso, extremo que podía ser contemplado en las instrucciones y circunstancias objeto de verificación; ni tampoco porque su función, fuera de su caracterización general al servicio de un aseguramiento del cumplimiento contractual, se reconduzca abstractamente a regular o determinar "el destino de la cantidad entregada" (cuenta escrow) conforme al cumplimiento o comprobación de una determinada contingencia o circunstancias previamente señaladas, pues la cantidad así entregada, sin una calificación propia y diferenciada, carece de relevancia a efectos de la tipicidad contractual de la figura que resulta subsumida en la propia condicionalidad, aleatoriedad o programación de circunstancias y hechos prevista en el complejo negocial. Por contra, conforme a la delimitación anteriormente expuesta, cabe precisar que la tipicidad básica de esta figura en el presente caso anida en la citada participación del "agente de escrow" (Valores Casa de Bolsa, C.A) que, conforme a lo pactado en el contrato de escrow y a las instrucciones recibidas, debía ejecutar las operaciones cruzadas en orden a la transmisión de las pertinentes acciones; todo ello, como presupuesto necesario del propósito negocial perseguido por las partes (cláusula tercera del contrato de escrow, de 16 de junio de 2008). Ejecución que, en el presente caso, no pudo llevarse a cabo por el cambio normativo producido y la falta de autorización del Gobierno Venezolano.

6. Atipicidad contractual, régimen de aplicación y eficacia del complejo negocial. Planos de análisis y delimitación de conceptos .

La variedad implícita en el contexto de la atipicidad contractual, en donde los fenómenos negociales pueden presentar supuestos que van desde la confluencia de elementos de tipicidad que pertenecen a tipos de contratos diferentes, la yuxtaposición de varios contratos típicos y, en su caso, la fusión de prestaciones y contratos típicos, comporta que el juicio de tipicidad resulte determinante para esclarecer la disciplina normativa del contrato atípico en los aspectos fundamentales de su régimen de aplicación, particularmente referidos al esquema temporal que module la eficacia de la relación obligatoria en orden a la producción de consecuencias jurídicas, casos del plazo establecido para el ejercicio del derecho, de la diferenciación o concatenación de fases de ejecución del contrato, del término suspensivo o del contrato sujeto a condición; como también referidos a la propia determinabilidad del objeto contractual y a la calificación de esencial de determinadas prestaciones o aspectos de las mismas. De esta forma, el juicio de tipicidad constituye el presupuesto inicial del curso interpretativo pues determina, previamente, las perspectivas de análisis que resulten preferentes y los ámbitos de la relación negocial ya condicionados por la tipicidad dispuesta por las partes.



www.civil-mercantil.com

En el supuesto del contrato de escrow la delimitación del alcance del juicio de tipicidad, conforme a lo anteriormente expuesto, resulta más sencilla de establecer. La razón primordial de esta consideración radica en el carácter instrumental y accesorio de esta figura que se deriva de su tipicidad básica en orden a procurar un aseguramiento del cumplimiento contractual proyectado, o de algunas de sus prestaciones, con el auxilio verificador de un tercero, de forma que su proyección en el régimen jurídico de la relación negocial toma cuerpo en la fase contractual en la que debe operarse la ejecución de la prestación objeto de verificación; sin que sea obstáculo, para ello, la previa constitución de un depósito, ya como garantía del cumplimiento, o bien, como elemento necesario para llevar a cabo la prestación resultante (caso del escrow informático).

De esta suerte, puede concluirse, conforme a la tipicidad básica de la figura, que los aspectos orgánicos que disciplinan la eficacia del complejo negocial resultan ajenos a la naturaleza y función del contrato de escrow, debiéndose inferir de la propia reglamentación contractual que las partes han articulado realmente para el logro del propósito negocial perseguido, con independencia de las referencias, más o menos extensas, que la reglamentación contenga en relación al contrato de escrow.

Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado.

7. La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, llevada al caso de enjuiciamiento, exige realizar las siguientes precisiones en orden a la fundamentación que, siguiendo el hilo argumental de la parte recurrida, desarrolla la sentencia de la Audiencia; particularmente respecto de sus conclusiones acerca de la inexistencia de la obligación principal y del carácter condicional de la estructura negocial proyectada.

En efecto, al hilo de lo anteriormente expuesto, debe señalarse que la fundamentación de la sentencia de la Audiencia (Fundamento de Derecho sexto y séptimo) incurre en el error metodológico de calificar el plano orgánico de la eficacia del complejo negocial desde la perspectiva valorativa del contrato escrow, extrayendo conclusiones que resultan ajenas a la tipicidad básica expuesta y que, atendiendo a la naturaleza y contenido de la reglamentación desarrollada por las partes, deben ser calificadas en sentido diverso; conforme a su concreta fundamentación técnica.

Así, en primer lugar, no puede sostenerse que el complejo negocial diseñado por las partes carezca o resulte huérfano de contenido respecto de las obligaciones principales que le dotan de sentido y de articulación. Por el contrario, conforme a la base negocial proyectada, estas obligaciones principales resultan claramente reflejadas en la articulación concatenada del entramado negocial celebrado; casos, entre otros, del "abono o entrega previa" de la cantidad de 150 millones de dólares (que en el contrato de compraventa se califica "como importe del escrow"), de la necesidad de obtención de un compromiso irrevocable del Deutsche Bank de compra de las acciones que el Banco de Santander tenía que recibir de su transacción con el Banco Occidental de Descuento, calificada como esencial por las partes, o de la consecuente transmisión previa y recíproca de las acciones de ambas entidades, todo ello en el contrato de escrow de 16 de junio de 2008; así como del régimen de aplicación de la cantidad entregada (denominada importe del escrow) en el desarrollo contractual de 4 de julio de 2008, que las propias partes califican de compraventa de acciones, por no mencionar el derecho de opción de venta en favor del Banco de Santander que se instrumentaliza en el contrato adicional en la misma fecha y lugar que el anteriormente citado. Prestaciones o contenido negocial que, independientemente de su calificación como esencial, concurren con igual oportunidad y mérito en orden a su carácter de obligaciones principales que las partes asumen, necesariamente, de conformidad con el propósito negocial querido.



www.civil-mercantil.com

Sin duda, en la base de esta errónea conclusión subyace un insuficiente tratamiento de la razón de eficacia contractual que informó el complejo negocial desde su inicio o perfección. En efecto, que las partes declararan "que ninguna de ellas ha asumido la obligación de la compraventa de las acciones" (expositivo III del contrato de escrow, de 16 de junio de 2008) no significa que el complejo negocial, que precisamente se configura inicialmente con este contrato y se desarrolla con los posteriores, carezca de eficacia alguna pues la perfección del mismo, como sustrato o germen de la propia existencia y eficacia última de la relación contractual, le otorga una incuestionable eficacia previa por mas que determinados efectos o consecuencias jurídicas, entre otras, la referida transmisión de las acciones, resulten diferidas conforme a su pertinente ejecución previamente programada; cuestión, por otra parte, bastante frecuente en aquellos fenómenos negociales, como el del presente caso, en donde el supuesto negocial complejo no cuenta, de inicio, con todos los elementos del supuesto de hecho tomado como base del negocio, de forma que su estructura obligacional se ajusta a la progresiva materialización de los mismos según la programación prevista (STS de 9 de octubre de 2014, núm. 572/2014). Con lo que las partes, si bien no asumieron la obligación de la compraventa de las acciones en el momento mismo del inicio o perfección de su relación negocial, esto es, en la firma del contrato de 16 de junio, si que asumieron el compromiso de su recíproca transmisión conforme a la materialización progresiva de las circunstancias previstas en el complejo negocial; contratos de 4 de julio y carta confidencial de la misma fecha.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anteriormente expuesto, tampoco puede ser compartida la calificación que se realiza sobre el carácter condicional suspensivo que informa la estructura negocial proyectada a propósito de la función y régimen de aplicación de la suma dineraria entregada, denominada en el contrato de compraventa de acciones como "importe del escrow" (cláusulas primera y segunda). En este sentido, y con relación al primer aspecto indicado, ya se ha destacado como desde la tipicidad básica que informa el alcance negocial que instrumentalmente caracteriza al denominado contrato de escrow, la función de la modulación del elemento temporal de la relación negocial resulta completamente extraña a su cometido, de forma que debe ser inferida del sentido y alcance que se deriva del plano de eficacia contractual en el contexto del negocio complejo celebrado por las partes. Pero es que además, y a mayor abundamiento con relación al segundo aspecto señalado, debe puntualizarse que tampoco atendiendo al régimen de aplicación establecido puede sustentarse dicha calificación, entre otros extremos, por las siguientes consideraciones. En primer lugar, porque en la relación obligatoria sujeta condición suspensiva resulta imprescindible una clara y precisa determinación del elemento condicional, tanto respecto de su plasmación (carácter expreso o inequívoco de la disposición), como de su debida diferenciación técnica respecto de las demás condiciones o circunstancias que reglamenten el contrato (SSTS de 12 de abril de 2013, núm. 226/2013 y 9 de octubre de 2014, núm. 572/2014). En el presente caso, ambas exigencias resultan desatendidas pues falta tanto el carácter expreso o inequívoco de la disposición condicional, ya respecto de las cláusulas consideradas, como en el contexto del complejo negocial, como la debida diferenciación del elemento condicional en el marco de las condiciones o circunstancias que, de forma expresa y concatenada, contempla la cláusula segunda del contrato de compraventa, en su apartado (A). En segundo lugar, y de forma más clara conforme a la literalidad de lo pactado en el régimen de aplicación, porque en la cláusula primera del citado contrato de compraventa de acciones el importe del escrow que se entrega al Banco de Santander lo hace suyo de "modo irrevocable y definitivo", salvo que deba reintegrarse conforme a lo establecido en la cláusula segunda, apartado (B), con lo que se está admitiendo la plena eficacia del negocio realizado pues, a lo sumo, su encuadre en el esquema de la relación obligatoria condicional solo podía tener sentido al amparo de la condición



www.civil-mercantil.com

resolutoria, pero no la condición suspensiva, tal y como se declara por la sentencia de la Audiencia y se alega por la parte recurrida.

En realidad, estas dos observaciones vienen a reforzar el análisis de la eficacia negocial que se está llevando a cabo y en el que se ha precisado que la referencia del clausulado, del meritado contrato de compraventa, a la suma entregada como "escrow" no determina su correcta calificación conforme a la tipicidad básica examinada y a la naturaleza y contenido que principalmente informa al complejo negocial celebrado, pues atendidos estos últimos la realidad del título jurídico que justifica dicha entrega no es otro, tal y como en este punto alega la parte recurrente, que la entrega de una suma en concepto de "señal" o "arras" que revela, por un lado, la perfección o eficacia del complejo negocial proyectado (obsérvese que en el propio contrato inicial de 16 de junio, también denominado de escrow, ya se referencia el abono de dicho importe con "anterioridad" de la firma del contrato; expositivo cuarto) y por el otro, su finalidad penitencial (apartado (B) de la cláusula segunda).

8. Atipicidad contractual y asignación contractual del riesgo derivado .

En relación a la cuestión de fondo que plantea el presente caso, una vez delimitada la tipicidad básica de denominado contrato de escrow, esto es, la distribución contractual del riesgo político, o riesgo país, que subyace en la complejidad de estas prácticas negociales (motivos segundo, tercero y cuarto del recurso de casación), debe señalarse que si bien el juicio de tipicidad puede comportar una asignación contractual del riesgo derivado, cuando dicho riesgo queda embebido en la tipicidad previa de los elementos o contratos típicos que confluyen o se yuxtaponen, casos de los contratos mixtos y de los contratos coaligados, no ocurre lo mismo en aquellos supuestos de contratos complejos en donde bien por la propia fusión de prestaciones realizada, o bien por la tipicidad básica que refiere el carácter instrumental del negocio atípico, caso que nos ocupa, la asignación del riesgo contractual no resulta determinada directamente por el pertinente juicio de tipicidad.

En estos casos, la voluntad de las partes contratantes puede optar por configurar el régimen de aplicación que deba regir la incidencia contractual del elemento condicional sujeto a la decisión de la administración (factum principis); en el presente caso, la preceptiva autorización gubernativa de la compraventa de acciones tras la modificación legislativa operada. La primera alternativa que se presenta en este contexto, conforme a lo anteriormente visto, permite a las partes recurrir a la relación obligatoria sujeta a condición, particularmente al marco de regulación de la condición suspensiva, de suerte que la eficacia del complejo negocial queda pendiente de que se conceda la correspondiente autorización gubernativa. La segunda alternativa, posibilita a las partes la configuración del evento condicional como un elemento básico de la programación prestacional y, por tanto, como una obligación principal a cargo de una de las partes. Esta alternativa permite, a su vez, el tratamiento de la imposibilidad sobrevenida de la prestación y su posible incidencia en la frustración del contrato o del complejo negocial celebrado; STS 13 de junio de 2014 núm. 299/2014).

Cuando estas alternativas no resultan contempladas por las partes, caso que no ocupa, el régimen jurídico del evento condicional se incardina en plano contractual relativo a la distribución de los riesgos derivados, cuestión que debe resolverse, como ya se ha anticipado, a través de la interpretación del complejo negocial, considerado en su unidad jurídica, pero atendiendo a los diferentes planos contractuales que articulan el propósito negocial querido finalmente por las partes; particularmente a la naturaleza y contenido contractual de los mismos. (STS de 30 de junio de 2014, núm. 333/2014).

En el presente caso, conforme a lo declarado por la sentencia de la Audiencia, y a lo alegado por la parte recurrida, y centrada la cuestión en el ámbito del contrato de compraventa



www.civil-mercantil.com

de las acciones, debe concluirse que el riesgo que presentaba la correspondiente autorización gubernativa de esta transacción se sitúa en la esfera de actuación prestacional que debía realizar el Banco Occidental de Descuento, Banco Universal, C.A., tanto por la sujeción de dicha operación de compra a las autorizaciones de las entidades de supervisión venezolanas, como para el buen fin del diseño o estructura del complejo negocial proyectado (artículos 1283 y 1285 del Código Civil).

La misma conclusión, en orden a la asignación contractual de este riesgo, se obtiene atendida la prueba documental practicada, así como de la interpretación histórica (antecedentes y trabajos preparatorios) y de la conducta de las partes como medio interpretativo (artículo 1282 del Código Civil), sin que resulte contradicha por la regulación que de este riesgo se dispensa en el Modelo Carta suscrito por las partes pues, en contra de lo sustentado por la parte recurrente, sigue el mismo criterio de asignación del riesgo una vez consumada o ejecutada la compraventa de las acciones contemplándose un específico contenido indemnizatorio por el incumplimiento de esta obligación por parte del comprador.

9. El desarrollo lógico-jurídico de la fundamentación, hasta aquí expuesta, conduce a la desestimación de los motivos sexto y séptimo planteados ante la improcedencia de considerar la posible aplicación del caso fortuito en el presente caso.

10. En parecidos términos respecto de los motivos octavo, noveno y décimo del recurso de casación interpuesto pues, en contra de lo alegado, la correcta calificación del denominado "importe del escrow" como arras penitenciales otorga plena consolidación y justificación al derecho del Banco de Santander a la propiedad de dicho importe o suma entregada.

Tercero. *Desestimación del recurso y costas.*

La desestimación de los motivos planteados comporta la desestimación del recurso de casación interpuesto, debiéndose hacer expresa imposición de costas del recurso de casación a la parte recurrente; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 LEC .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

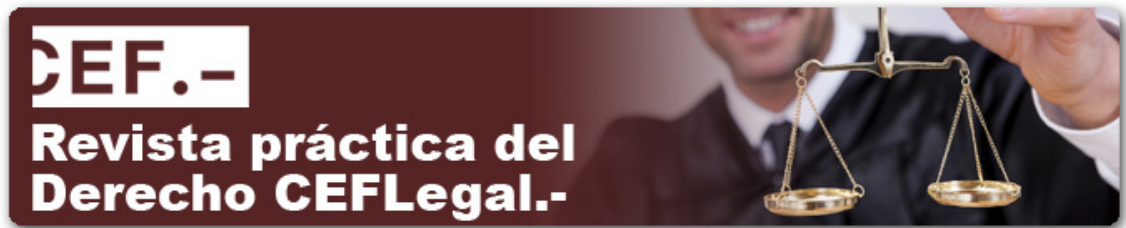
FALLAMOS

1. No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del "Banco Occidental de Descuento, Banco Universal, C.A." contra la sentencia dictada, con fecha 9 de octubre de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, en el rollo de apelación nº 595/2011 .

2. No ha lugar a casar por los motivos fundamentados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco



www.civil-mercantil.com

Marin Castan, Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Francisco Javier Orduña Moreno, Sebastian Sastre Papiol. Firmado y rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Javier Orduña Moreno , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.