

¿ES POSIBLE CELEBRAR CONTRATOS DE ESCROW EN PANAMÁ?

LA RESPUESTA COMO INTERMEDIARIOS FINANCIEROS NO BANCARIOS



Ana Isabel Díaz

VP Legal

ana_diaz@assetstrust.com

Legalmente, la respuesta es obvia: sí es posible. Sin embargo, cuando la pregunta la recibimos intermediarios financieros no bancarios como las fiduciarias, contestar que sí no es tan fácil cuando se trata de recursos líquidos.

Comencemos por repasar los conceptos básicos y la situación de la regulación en Panamá al respecto.

¿Qué son los contratos de Escrow? En esencia es una relación de depósito, con condiciones. Hasta la mención de la figura por

primera vez en la Ley No. 21 de 10 de mayo de 2017 (por la cual se reformó la Ley Fiduciaria), eran contratos atípicos en la legislación panameña. La Ley 21 de 2017 incluyó la figura en el artículo 41-D sobre Definiciones, en estos términos:

“Cuenta en plica o *escrow account*: Depósito que se utiliza para garantizar la entrega de los bienes transferidos o depositados contra el cumplimiento de ciertas condiciones.”

En su origen, el vocablo en español “plica” se refería a un sobre sellado y



¿Es posible celebrar contratos de Escrow en Panamá?

cerrado en que se guardaba algún documento o suceso que no se podía divulgar o publicar hasta la ocasión y fecha determinada. En inglés, el término “escrow” en realidad tiene su origen en el francés antiguo “escroe” que significaba rollo o pergamino y su utilización hacía referencia a un pergamino enrollado que contenía algún tipo de escrito importante. Para los fines de estas líneas, utilizaremos ambos vocablos como sinónimos siendo una realidad que comercialmente el término en inglés es mucho más conocido y utilizado.

Los contratos de escrow se utilizan cuando dos o más personas requieren que un activo sea mantenido por un tercero independiente y de confianza, con cargo a restituirlo o liberado cuando se cumplen ciertas condiciones establecidas en el referido contrato.

Es una figura de gran aceptación en la instrumentación de negocios cuando ocurre alguna o varias de las siguientes circunstancias:

- ✓ la operación debe ejecutarse en una jurisdicción en la cual una de las partes contratantes no mantiene cuentas bancarias u otros medios para ejecutar el pago que le corresponde;
- ✓ uno o varios pagos se realizarán sin financiación bancaria, pero requieren el cumplimiento de una condición (v.gr., la inscripción de un traspaso);
- ✓ las partes se mantienen retenciones entre sí (“withholdings”) u obligaciones de tracto sucesivo cuyo cumplimiento permite liberar uno o varios pagos (denominados “triggers”);
- ✓ las partes requieren la intervención de un tercero no interesado en la operación para la verificación independiente sobre la ocurrencia de determinados hechos o la ejecución de ciertas acciones por el mero transcurso del tiempo (v.gr. la llegada de una fecha determinada).

Es una figura muy plástica que sin implicar la responsabilidad de un fiduciario ni transferencia de títulos de dominio, permite al agente (“escrow agent”) asistir a las partes en la realización de verificaciones independientes y la entrega de la cosa dada en depósito o su devolución al depositante, dependiendo de la ocurrencia (o no) de las condiciones pactadas.

En la Ley Fiduciaria (reformada en 2017) se incluyó como un servicio permitido a los fiduciarios con licencia y en la práctica a los bancos por ser una relación de depósito. Típicamente los bancos que presten el servicio lo harán a través de bancas preferenciales, por ser servicios hechos a la medida de una transacción específica.



¿Es posible celebrar contratos de Escrow en Panamá?

En estos contratos encontramos tres partes perfectamente diferenciadas: el depositante del bien, el depositario ("escrow agent") y el que será beneficiario del título o bien en caso de que se cumpla la condición pactada. Son contratos accesorios, ya que su existencia depende de un contrato principal garantizado.

Se diferencian de los contratos típicos de depósito en cuanto demandan del agente de escrow un rol más activo que el mero acto de mantener en depósito el bien. Lo más activo o exigente de ese rol lo determinarán las partes en el contrato.

Ahora bien: ¿por qué mencionamos la dificultad de prestar el servicio en la práctica? Básicamente porque no hay mucho consenso entre los bancos para definir la forma en que los fiduciarios pueden prestar el servicio. ¿Pueden utilizar sus cuentas propias para recibir el depósito? ¿Deben establecer una cuenta separada, a nombre del fiduciario, para una operación que puede ser tan breve como de unos cuantos días?

Propondríamos que los bancos requieran la debida diligencia que el fiduciario ha efectuado de su cliente y de sentirse satisfechos con la misma permitir que el recibo en depósito sea en cuentas propias o en cuentas separadas si la duración del encargo así lo amerita. Esto es sin perjuicio de los correctos registros contables que debe hacer el agente de los recursos ajenos recibidos en depósito.

Naturalmente que estos comentarios aplican únicamente a contratos de escrow en que el bien a recibir sean recursos líquidos. Para aquellos contratos que impliquen el recibo de documentos, contratos, títulos, libros societarios u otros valores, no aplican estas dificultades. Desde la perspectiva del fiduciario, si bien son apreciables las diferencias jurídicas entre el escrow y el fideicomiso, operativamente su manejo es sustancialmente similar.

Requieren la realización de una debida diligencia de las partes, determinación de los riesgos asociados a la operación, manejo de los activos dados en depósito con la respectiva segregación de otros depósitos o de bienes propios, ejecución de los actos acordados en el contrato y rendición de cuentas.

Suelen ser un servicio muy útil y requerido, por lo que es importante que los distintos actores financieros, particularmente los no bancarios, puedan internalizarlo dentro de su oferta de servicios sin que ello implique en forma alguna comprometer los estándares de prevención y cumplimiento que deben prevalecer en todas sus operaciones.

Mayo 2021