

*Tesis doctoral/Doktoretza tesia*

**EL DEPÓSITO EN GARANTÍA  
(Estudio de la ley 474 del Fuero Nuevo)**

*Doctoranda/Doktoregaia  
Leyre Elizari Urtasun*

*Directora/ Zuzendaria  
Dra. M<sup>a</sup> Luisa Arcos Vieira*

*Departamento de Derecho Privado/Zuzenbide Pribatua Saila*

*Pamplona/Iruña  
Septiembre 2015/ Iraila 2015*



# Índice

<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I.- APROXIMACIÓN AL DEPÓSITO EN GARANTÍA</b> .....	<b>17</b>
<b>1.- ORIGEN DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA (LEY 474 FN)</b> .....	<b>17</b>
1.1.- EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN EL DERECHO HISTÓRICO NAVARRO .....	17
1.2.- EL PROCESO RECOPIADOR DEL DERECHO PRIVADO NAVARRO .....	26
1.2.1.- EL FUERO RECOPIADO DE NAVARRA.....	29
1.2.2.- LA RECOPIACIÓN PRIVADA .....	32
1.3.- LA INFLUENCIA ITALIANA EN LA INTRODUCCIÓN DE LA LEY 474 DEL FUERO NUEVO .....	40
1.3.1.- EL <i>DEPOSITO A SCOPO DI GARANZIA</i> BAJO EL <i>CODICE CIVILE</i> DE 1865 .....	40
1.3.1.1.- El inicio de la polémica .....	40
1.3.1.2.- La crítica de NICOLÒ .....	42
1.3.1.3.- La construcción de BIGIAVI .....	43
1.3.1.4.- La tesis de SANTORO-PASSARELLI .....	45
1.3.1.5.- La lectura en clave fiduciaria de GRASSETTI .....	46
1.3.2.- EL <i>DEPOSITO A SCOPO DI GARANZIA</i> EN EL <i>CODICE CIVILE</i> DE 1942 Y SU RECEPCIÓN EN EL FUERO NUEVO .....	48
1.3.2.1.- El depósito con finalidad de garantía en el artículo 1773 del <i>Codice Civile</i> .....	48
a) Configuración del depósito en interés de tercero (art. 1773 <i>Codice Civile</i> ) .....	51
b) Recepción del depósito en interés de tercero en el Fuero Nuevo (ley 552 FN) .....	54
1.3.2.2. - El depósito en función de garantía como negocio indirecto .....	60
1.3.2.3.- Equiparación entre depósito con finalidad de garantía y prenda irregular .....	62
1.3.2.4.- La tesis del depósito fiduciario .....	68
1.4.- CONCLUSIONES SOBRE EL ORIGEN DE LA LEY 474 DEL FUERO NUEVO .....	69

**2.- LA ENTREGA DE DINERO O BIENES FUNGIBLES EN GARANTÍA EN LOS ORDENAMIENTOS EXTRANJEROS ..... 72**

2.1.- LA ENTREGA DE DINERO O BIENES FUNGIBLES AL ACREEDOR PARA GARANTÍA DE UNA OBLIGACIÓN.....	72
2.1.1.- LA PRENDA IRREGULAR .....	72
2.1.2.- LA CAUCIÓN .....	84
2.2.- LA ENTREGA DE DINERO O BIENES FUNGIBLES A UN TERCERO CON FINALIDAD DE GARANTÍA.....	89
2.2.1.- LA PRENDA DE CRÉDITOS.....	90
2.2.2.- EL CASO ITALIANO: PRENDA IRREGULAR EN MANOS DE TERCERO Y DEPÓSITO FIDUCIARIO .....	95
2.2.3.- EL CONTRATO DE DEPÓSITO CON FUNCIÓN DE GARANTÍA .....	96
2.2.4.- EL TRUST. EN PARTICULAR, EL QUISTCLOSE TRUST .....	99
2.2.5.- EL ESCROW.....	105

**CAPITULO II.- EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREEDOR (LEY 474.I FN)..... 109**

**1.- LA LEY 474 DEL FUERO NUEVO Y EL CONCEPTO DE GARANTÍA COMO PUNTO DE PARTIDA..... 109**

**2.- DEPÓSITO IRREGULAR Y DEPÓSITO EN GARANTÍA..... 115**

2.1.- EL DEPÓSITO IRREGULAR EN EL FUERO NUEVO: REQUISITOS, NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN APLICABLE .....	117
2.2.- DISTINCIÓN ENTRE EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREEDOR Y EL DEPÓSITO IRREGULAR .....	130

**3.- EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN EL SISTEMA DE GARANTÍAS REALES DEL FUERO NUEVO..... 135**

3.1.- LAS GARANTÍAS REALES EN EL FUERO NUEVO .....	135
3.2.- NOTAS COMUNES A LAS GARANTÍAS REALES. ESPECIAL ATENCIÓN A LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO .....	145
3.3.- LA PRENDA ORDINARIA EN EL FUERO NUEVO .....	157
3.3.1.- LA PRENDA ORDINARIA Y LA PRENDA SOBRE COSAS FUNGIBLES .....	157
3.3.2.- EL DEPÓSITO EN GARANTÍA COMO MODALIDAD DE PRENDA ORDINARIA .....	166

3.4.- LA PRENDA DE CRÉDITOS.....	172
3.4.1.- RECALIFICACIÓN DE LA GARANTÍA SOBRE DINERO COMO PRENDA DE CRÉDITOS.....	172
3.4.2.- EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREEDOR COMO PRENDA DE CRÉDITOS.....	182
3.5.- LA TRANSMISIÓN FIDUCIARIA EN GARANTÍA.....	188
3.5.1.- CARACTERÍSTICAS DE LA FIDUCIA EN GARANTÍA EN EL FUERO NUEVO.....	190
3.5.2.- EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREEDOR (LEY 474.I FN) COMO MODALIDAD DE LA FIDUCIA EN GARANTÍA (LEY 466 FN).....	203
3.6.- DISTINCIÓN ENTRE EL DEPÓSITO EN GARANTÍA Y LAS ARRAS.....	206
3.7.- EL DEPÓSITO EN GARANTÍA COMO GARANTÍA REAL AUTÓNOMA.....	212
3.7.1.- LA CAUSA DE LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREEDOR.....	214
3.7.1.1.- Causa <i>solvendi</i> y causa <i>credendi</i> .....	217
3.7.1.2.- Causa de garantía.....	220
3.7.2.- EL MECANISMO SATISFATIVO DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREEDOR.....	223
<b>4.- RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREEDOR.....</b>	<b>229</b>
4.1.- FUENTES DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA.....	229
4.2.- CARACTERES Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREEDOR.....	230
4.3.- ELEMENTOS DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA.....	237
4.3.1.- SUJETOS EN EL DEPÓSITO EN GARANTÍA.....	237
4.3.2.- EL OBJETO.....	238
4.3.2.1.- La obligación garantizada.....	238
4.3.2.2.- El objeto depositado en garantía: dinero o bienes fungibles.....	240
4.4.- OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO.....	243
4.5.- EXTINCIÓN DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA.....	245
4.6.- DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREEDOR Y TERCEROS ACREEDORES.....	246
4.6.1.- EN SITUACIONES NO CONCURSALES.....	246

4.6.2.- ANTE EL CONCURSO DEL DEPOSITANTE EN GARANTÍA O DEL DEPOSITARIO EN GARANTÍA.....	248
4.7.- EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREEDOR EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES .....	253
4.7.1- EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA DE 7 DE MAYO DE 1999 .....	253
4.7.2.- LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA DE 4 DE DICIEMBRE DE 2008 Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA DE 23 DE JUNIO DE 1999.....	258
4.7.3.- RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE LA PRENDA IRREGULAR.....	264
4.8.- IMPLICACIONES PENALES .....	269
<b>CAPÍTULO III.- EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DE TERCERO (LEY 474.II FN).....</b>	<b>275</b>
<b>1.- ELEMENTOS DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DE TERCERO (LEY 474.II FN) .....</b>	<b>275</b>
<b>2.- EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DE TERCERO EN EL SISTEMA DE GARANTÍAS REALES DEL FUERO NUEVO.....</b>	<b>277</b>
2.1.- LA PRENDA IRREGULAR EN MANOS DE TERCERO .....	277
2.2.- EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DE TERCERO COMO PRENDA DE CRÉDITOS .....	284
2.3.- EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DE TERCERO COMO FIDUCIA EN GARANTÍA A MANOS DE TERCERO .....	288
<b>3.- EL CONTRATO DE DEPÓSITO Y LA FUNCIÓN DE GARANTÍA.....</b>	<b>292</b>
3.1.- LA CATEGORÍA DEL NEGOCIO INDIRECTO .....	293
3.2.- EL CONTRATO DE DEPÓSITO COMO TIPO APTO PARA DESARROLLAR UNA FUNCIÓN DE GARANTÍA.....	295
3.3.- CONTRATOS DE DEPÓSITO QUE CUMPLEN UNA FUNCIÓN DE GARANTÍA.....	300
3.3.1.- DEPÓSITO EN INTERÉS DE TERCERO .....	301
3.3.2.- EL SECUESTRO CONVENCIONAL .....	303
3.3.3.- EL CONTRATO DE DEPÓSITO A FAVOR DE SUJETO ALTERNATIVAMENTE DETERMINADO .....	307
3.3.4.- EL ESCROW. POSIBLE IDENTIFICACIÓN CON EL DEPÓSITO A FAVOR DE SUJETO ALTERNATIVAMENTE DETERMINADO .....	317

3.4.- EXCLUSIÓN DE UN CONTRATO DE DEPÓSITO EN EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DE TERCERO (LEY 474.II FN) .....	322
<b>4.- VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DE TERCERO (LEY 474.II FN) .....</b>	<b>328</b>
<b>5.- PRINCIPALES CUESTIONES EN CUANTO AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DE TERCERO.....</b>	<b>335</b>
5.1.- CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO .....	336
5.2.- PARTICULARIDADES EN CUANTO A SUS ELEMENTOS: EL DEPOSITARIO EN GARANTÍA.....	339
5.3.- OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DE TERCERO .....	342
5.4.- VICISITUDES DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DE TERCERO.....	343
 <b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>347</b>
 <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>353</b>
 <b>TABLA DE SENTENCIAS .....</b>	<b>377</b>
 <b>ANEXO DOCUMENTAL .....</b>	<b>383</b>





## Abreviaturas

A	Auto
AAVV	Varios autores
ADC	Anuario de Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
Art./Arts.	Artículo/s
BOE	Boletín Oficial del Estado
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> , Código Civil alemán
BW	<i>Burgerlijk Wetboek</i> , Código Civil holandés
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CE	Constitución Española
Cit.	Citada
Col.	Colectiva
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
FG	Fuero General de Navarra
FN	Fuero Nuevo de Navarra o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LHMPSD	Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento
Pág./págs.	Página/s
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDP	Revista de Derecho Privado
RGD	Revista General del Derecho

RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RH	Reglamento Hipotecario
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RP	Recopilación Privada
S.	Sentencia
STS (SSTS)	Sentencia/s del Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vol.	Volumen

## Introducción

La ley 474 del Fuero Nuevo prevé, como una más dentro de un numeroso grupo de garantías reales, una figura que se denomina depósito en garantía, y que consiste en que “*para garantía del cumplimiento de una obligación*”, el deudor constituye un depósito de dinero o bienes fungibles, a manos del acreedor o de un tercero, quienes adquieren su propiedad. El depositario que al mismo tiempo sea acreedor deberá restituir lo depositado al deudor solo “*si procediere*”, en caso de cumplimiento de la obligación garantizada, mientras que si el depositario es un tercero, deberá, bien restituir al deudor depositante o bien entregar al acreedor, según se haya cumplido o no dicha obligación principal, y “*conforme a lo establecido en el contrato*”.

A primera vista el depósito en garantía se presenta como un mecanismo sencillo y utilizable prácticamente por cualquier contratante, pues solo requiere que el deudor disponga de una suma de dinero (o bienes fungibles) que ofrecer en garantía. Sin embargo, la realidad es que en la práctica jurídica navarra, el desconocimiento de la regulación contenida en la ley 474 de la Compilación y las dudas en cuanto a la naturaleza jurídica y efectos del depósito en garantía, provocan que existan entregas de dinero o bienes fungibles en garantía de una obligación pero sin la citada ley como referente, así como que las partes acudan a otros tipos de garantías más extendidas pero importadas del Derecho común, como puede ser la prenda de créditos.

Hasta la fecha no se ha realizado un estudio exhaustivo sobre el depósito en garantía (ley 474 FN) y los autores que se han ocupado del mismo discrepan sobre si constituye una garantía real o un contrato de depósito. Tampoco los tribunales navarros han tenido muchas ocasiones para pronunciarse sobre el depósito en garantía. Es preciso por ello un análisis más profundo que abarque el origen de la figura, y sobre todo su naturaleza y efectos, que pueda favorecer su utilización. Lejos de ser un ejercicio meramente académico, tiene importantes consecuencias prácticas, por

ejemplo, en orden a la posibilidad de que el acreedor a cuyo favor se ha constituido un depósito en garantía pueda oponerse al embargo del depósito instado por un tercero, o en orden a determinar si el depósito en garantía es inmune al concurso del deudor o del depositario en garantía.

En el ámbito del Derecho común, el Código Civil no contempla ninguna garantía que recaiga sobre dinero, y la falta de previsión en dicho Código contribuye a que se utilicen otras figuras cuando las partes quieren asegurarse la constitución de una verdadera garantía. Sin embargo, la falta de regulación no evita, como se comprobará, que en la práctica se entreguen sumas de dinero en garantía. Es más, algunas normas al margen del Código Civil prevén expresamente este mecanismo, como es el caso de la Ley de Arrendamientos Urbanos y su “fianza”<sup>1</sup> o la garantía financiera sobre efectivo<sup>2</sup>. Algunas otras disposiciones sectoriales incluso utilizan expresamente la denominación “depósito en garantía”, para designar la entrega de dinero en garantía de ciertas obligaciones, señaladamente en los ámbitos de la prestación de servicios de telecomunicaciones y energético<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Artículo 36 de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

<sup>2</sup> Artículo 7.1.a) del Real Decreto 5/2005 de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

<sup>3</sup> Es el caso del depósito de dinero necesario para poder licitar en una subasta de bienes embargados en el ámbito tributario (artículo 104 del Real Decreto 939/2005 de 29 de julio, Reglamento General de Recaudación. Artículo 135 del Decreto Foral 177/2001, de 2 de julio, Reglamento de Recaudación de Navarra).

En el sector de los servicios de telecomunicación, se prevé expresamente que los operadores pueden exigir al usuario un “depósito de garantía” en ciertas circunstancias, como existencia de impagos anteriores o prestación de servicios de tarificación adicional (artículo 6 del Real Decreto 899/2009 de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas). Resulta aplicable a este depósito de garantía la Orden 361/2002 de 14 de febrero, que desarrolla en lo relativo a los derechos de los usuarios y los servicios de tarificación adicional el Título IV del Real Decreto 1736/1998 de 31 de julio, que aprueba el Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones (declarada expresamente en vigor por la letra a) de la disposición transitoria primera del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas). El Capítulo V de esta Orden 361/2002 prevé los supuestos en que cabe exigir un depósito de garantía, su cuantía máxima, forma y procedimiento de constitución, incumplimiento del requerimiento de constitución del depósito y devolución.

Igualmente, en el sector energético se prevé el “depósito de garantía” a cargo de los consumidores o comercializadores que contraten en nombre del consumidor, a constituir en favor del distribuidor de energía eléctrica (artículo 79.7 del Real Decreto 1955/2000 de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica).

A la vista de la existencia de depósitos en garantía, con independencia de su denominación, y de la parca regulación que ofrece casi siempre el legislador estatal, las conclusiones extraídas en torno a la figura de la ley 474 del Fuero Nuevo pueden ser extrapolables a otras figuras idénticas o semejantes del Derecho común, sean típicas o atípicas. Dichas conclusiones, por tanto, serán útiles no solo desde la perspectiva del Derecho navarro sino también desde la perspectiva del Derecho común. La regulación del Fuero Nuevo puede servir incluso de ejemplo normativo para una tipificación de la figura en el Derecho común, en el contexto de una posible reforma del Derecho de garantías.

A la originalidad de la Compilación al introducir el depósito en garantía, y a la actualidad de la figura<sup>4</sup>, hay que añadir que el Fuero Nuevo es el único texto legal de nuestro entorno que contempla en una misma disposición la entrega de dinero en garantía tanto al acreedor como a un tercero, lo que suscita dudas en cuanto a esta segunda posibilidad.

La cuestión fundamental que plantea el depósito en garantía (ley 474 FN) consiste en discernir si constituye una auténtica garantía real, con efecto *erga omnes*, o si se trata de una figura contractual que produce efectos únicamente entre las partes. Cabe plantearse si es posible que una garantía real recaiga sobre bienes fungibles, por un lado, y, por otro, si un contrato de depósito, y más exactamente de depósito irregular, puede desempeñar una función de garantía. En esta tarea hay que tener presente además que el Fuero Nuevo contempla la entrega de dinero en garantía no solo al acreedor sino también a un tercero. Es forzoso cuestionarse si el acreedor puede gozar de la misma protección cuando es él quien recibe las cosas depositadas en garantía que cuando es un tercero el que las recibe y adquiere su propiedad. A primera vista hay que responder negativamente, pues mientras el acreedor que recibe el dinero se convierte en su propietario, cuando se constituye el depósito en

---

<sup>4</sup> Los Códigos Civiles más modernos regulan garantías que recaen sobre dinero, o sobre dinero y bienes fungibles, siempre entregados al acreedor. Así, el Código Civil italiano de 1942, el Código Civil portugués de 1967 y el Código Civil holandés de 1992. Los Códigos francés y belga han incorporado la figura tras sus respectivas reformas del Derecho de las garantías. La transposición de la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, ha provocado que en todos los países miembros de la Unión Europea se prevea una garantía que recaea sobre dinero depositado en cuenta, aunque circunscrito al ámbito de las garantías financieras.

manos de un tercero el acreedor ostenta un simple derecho de crédito frente a aquel, arriesgándose a que no quiera o no pueda cumplir con su obligación. No obstante, esta cuestión merece un estudio más en profundidad. Por ello, a pesar del origen común de ambos párrafos de la ley 474 de la Compilación, se estima más conveniente afrontar su estudio en Capítulos separados. La falta de distinción entre el depósito en garantía en manos del acreedor y el depósito en garantía en manos de un tercero justifica, en parte, la existencia de opiniones dispares sobre la naturaleza del depósito en garantía.

Aunque pueda parecer una cuestión accesoria o no relacionada con el fondo de la cuestión, es de suma importancia en el presente trabajo el aspecto terminológico, sobre el que conviene realizar algunas advertencias. La ley 474 del Fuero Nuevo denomina “depósito en garantía” a una figura concreta que consiste en que para garantizar el cumplimiento de una obligación se constituye un depósito de dinero u otras cosas fungibles a favor del acreedor (primer párrafo de la citada ley) o a manos de un tercero (segundo párrafo).

Esta expresión, “depósito en garantía”, no es exclusiva del Fuero Nuevo sino que se utiliza en otros ordenamientos, aunque puede referirse a figuras de naturaleza y efectos distintos. Mientras en Francia se considera el “*dépôt de garantie*” una figura de garantía, en Italia el “*deposito a scopo di garanzia*”, “*deposito in funzione di garanzia*” o simplemente “*deposito in garanzia*” se considera una modalidad de contrato de depósito. Por ello hay que tener presente, a la hora de encarar el objeto de la presente investigación, que la coincidencia en la denominación no conlleva la existencia de figuras de idéntica naturaleza jurídica<sup>5</sup>.

Por otro lado, ante situaciones de hecho similares, las partes, en ejercicio de su autonomía, pueden decidir constituir diferentes tipos de garantía, o acudir a otro tipo de mecanismos con eficacia contractual. Hay que ser conscientes por ello de que no todas las situaciones en las que se entrega dinero para garantizar una obligación principal son reconducibles a una única construcción, siendo el depósito en garantía de la ley 474 del Fuero Nuevo solo una de ellas. Si se pierden de vista estas precisiones existe el riesgo de contemplar el “depósito en garantía” como un fenómeno amplio en el que encuentran cabida figuras diversas. El objeto de la presente

---

<sup>5</sup> A lo largo de este trabajo se respetará, como no puede ser de otro modo, la denominación escogida por el Fuero Nuevo. De la misma manera, cuando se haga referencia a las construcciones defendidas en ordenamientos extranjeros se mantendrá la terminología empleada en cada país de origen, o su traducción exacta en lengua española, si la tiene.

investigación se circunscribe, sin embargo, al análisis de la ley 474 del Fuero Nuevo, su naturaleza y régimen jurídico.





# CAPÍTULO I.- APROXIMACIÓN AL DEPÓSITO EN GARANTÍA

## 1.- Origen del depósito en garantía (ley 474 FN)

### 1.1.- El depósito en garantía en el Derecho histórico navarro

El análisis de los precedentes históricos en relación al Derecho privado navarro es especialmente importante por varias cuestiones. En primer lugar, por el carácter de Derecho supletorio de la tradición jurídica navarra (leyes 1.II y 6 FN). En segundo lugar, porque los autores de la Recopilación Privada de 1971, antecedente inmediato del Fuero Nuevo, pretendieron recopilar y poner por escrito el Derecho Civil que seguía vigente en Navarra a mediados del siglo XX, para su mejor conocimiento y con ese objetivo realizaron una importante labor de localización y profundización en las fuentes del Derecho navarro<sup>6</sup>. Las notas que incluyeron en la Recopilación Privada, referentes al origen histórico de cada ley o que recogen comentarios de los autores resultan por ello enormemente valiosas<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> En la Exposición de Motivos de la Recopilación Privada se afirma: “*Un Derecho tan popular como el navarro no precisa para ser observado que sea puesto por escrito, pero no es menos verdad que, al ser uno de sus primeros principios el de la validez de la costumbre incluso contra ley, se corría el riesgo de que las antiguas instituciones perdieran la nitidez de sus perfiles por la perversión de una práctica no siempre encauzada por personas con suficiente conocimiento y adhesión en la tradición jurídica regional (...)*”. *Derecho Foral de Navarra. Derecho Privado (Recopilación Privada)*. Pamplona, Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, 1971, pág. 13. En adelante, *Recopilación Privada*.

<sup>7</sup> Además, como el texto de la Recopilación Privada fue elevado a Ponencia Oficial de la Compilación, dicha Compilación carece de otros trabajos pre-legislativos, de trámites parlamentarios u otros materiales que puedan orientar la interpretación o integración de sus normas.

La ley 474 del Fuero Nuevo dispone, de forma prácticamente idéntica a como lo hacía la ley 486 de la Recopilación Privada<sup>8</sup>:

*Depósito en garantía*

*Para garantía del cumplimiento de una obligación puede constituirse a favor del acreedor un depósito de dinero u otras cosas fungibles. El acreedor adquiere la propiedad de las cosas depositadas en su poder con obligación de restituirlas al depositante, si procediere, conforme a lo establecido en el contrato.*

*Cuando el depósito se haga en poder de un tercero, este quedará obligado a entregarlo al acreedor o a restituirlo al depositante, según corresponda conforme a lo pactado.*

Es indudable el interés por averiguar cómo se incorporó a la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra esta figura del depósito en garantía, no prevista en el Código Civil y a la que la doctrina española no había dedicado atención. Ante este silencio en el Derecho común, cabe preguntarse si su inclusión en el Fuero Nuevo supone la recuperación de una figura histórica, o si se justifica en alguna antigua disposición del Derecho navarro, como parecería indicar la nota a la ley 486 de la Recopilación Privada.

De entre los diversos textos históricos del Derecho navarro<sup>9</sup>, debe prestarse atención al Fuero General, ya que la nota a la ley 486 de la citada Recopilación señala:

---

<sup>8</sup> *Recopilación Privada*, cit., pág. 255. Existen ligeras diferencias entre ambas disposiciones, que se analizarán en el epígrafe 1.2.2.

<sup>9</sup> De los textos de los Fueros medievales anteriores al Fuero General, solo es reseñable para el objeto de la presente investigación el Fuero de Tudela, concretamente su versión extensa. En 1119 tras la conquista del reino musulmán de Tudela, el rey Alfonso I el Batallador concedió a Tudela y su entorno los buenos Fueros de los infanzones de Sobrarbe, aunque existe una importante discusión sobre si realmente existió o no el Fuero de Sobrarbe y, por tanto, cuál fue el texto que se concedió inicialmente a Tudela. En 1127 se amplió el Fuero de Tudela, que conoció reelaboraciones y ampliaciones. Al respecto, véase MONREAL ZÍA, G. y JIMENO ARANGUREN, R. *Textos histórico-jurídicos navarros. I. Historia antigua y medieval*, Pamplona,

*F.G. 3, 11, 1.*

*Se trata de un depósito constituido con el fin de garantía, porque un depósito ordinario no puede convertirse en garantía por voluntad del depositario.*

Los estudiosos han discutido largamente sobre la autoría, fechas y forma de elaboración del Fuero General de Navarra, aunque la mayoría parece situar su redacción a partir del siglo XIII<sup>10</sup>. El Libro III, Título XI “*De comiendas*”, Capítulo I del Fuero General, establece:

---

Gobierno de Navarra, 2008, pág. 276. Salinas también recoge la controversia en torno al Fuero de Sobrarbe. SALINAS QUIJADA, F. *Derecho Civil de Navarra. Tomo I. Introducción*, 2ª edición, Pamplona, Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, 1983, pág. 160 y sig.

El § 201 del Fuero de Tudela dispone:

*§ 201 De non retener comanda*

*Por ninguna deuda // ni por clamor comanda non deue ser retenida ni enbargada, que dice el fuero que qui se te uende todo se te crede, mas rendida la comanda demande su drecho.*

Según el manuscrito de la Academia de la Historia de Madrid. LACARRA DE MIGUEL, J. M., VÁZQUEZ DE PARGA, L. y SÁNCHEZ ALBORNOZ, C. CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICOS. “FUERO DE TUDELA: Transcripción con arreglo al ms. 11-2-6, 406 de la Academia de la Historia de Madrid”, *RJN* nº 4, 1987, pág. 69.

No existe en el Derecho romano ninguna figura que sirva como antecedente del depósito en garantía, ni tampoco se señala su posible origen romano en las notas a la Recopilación Privada.

<sup>10</sup> MONREAL ZÍA, G. y JIMENO ARANGUREN, R. *Textos histórico-jurídicos navarros I*, cit., págs. 414-415. Acerca de las diferentes teorías sobre la cronología del Fuero General, con detalle, SALINAS QUIJADA, F., *Derecho civil de Navarra. I*, cit., pág. 190 y sig. No consta un reconocimiento directo del texto del Fuero General como tal por parte del rey o de las Cortes, aunque se considera implícito tal reconocimiento en la pretensión del Amejoramiento de 1330 de “Amejorar” el Fuero. Además de este Amejoramiento de 1330, que fue promulgado por las Cortes junto con el rey Felipe III, existió un segundo Amejoramiento en 1418 bajo el reinado de Carlos III, que, sin embargo, no llegó a aplicarse nunca, a pesar de lo cual resalta Salinas su inclusión en la ley 1 del Fuero Nuevo como parte de la tradición jurídica navarra que sirve para interpretar e integrar las leyes de la Compilación.

Existieron cuatro ediciones distintas del Fuero General, entre 1686 y 1964.

Las Cortes en 1528 habían solicitado al rey que se ordenaran los Fueros, por los problemas que ocasionaba la dispersión legislativa (Fueros locales, Fuero General, decisiones, costumbre...) accediendo el monarca a que se elaborara una recopilación. El texto elaborado, conocido como Fuero Reducido, nunca llegó a ser aprobado, por lo que las Cortes solicitaron entonces al rey, en esta segunda ocasión, que se imprimiera el Fuero General, lo que se obtuvo en 1684. Antes, en las Cortes de 1678 el licenciado D. Antonio Chavier había presentado un trabajo suyo, para su impresión juntamente con el Fuero, lo que se llevó a cabo en 1686 con el título “*Fueros del Reino de Navarra desde su creación hasta su feliz unión con el de Castilla, y recopilación de las leyes promulgadas desde dicha unión hasta 1685*”. La segunda edición está fechada en 1815, y lleva

*Título XI  
De Comiendas*

*Cap. I. Como non deve ser embargada por ninguna cosa, como dá en fealdad.*

Un home comandó en fealdat à un otro cinquenta maravedís, & aqueill qui tenia en comanda los maravedis, demandava il veinte cafizes de trigo que le avia empreftado, despues un tiempo paffado aqueill qui comandó los maravedis á fu amigo demandol que él dieffe cinquenta maravedis que él habia comandado, & aqueill qui los maravedis habia recebido en comanda, demandol, quel dieffe primero los veinte cafizes de trigo que él habia empreftado, que por aquellos veinte cafizes de trigo retenia los maravedis peindrado. Et por effo dize el fuero, de que manifiesta cosa es, que comandó, & él con fealdat pieffo, deve render los maravedis, fin embargo ninguno por fuero, & despues el deudor deve pagar los veinte cafizes de trigo, porque ninguno non deve tener ninguna comanda embargada por ninguna razon, mas pagados los cinquenta maravedis, defpues podrá peindrar al qui preftó el trigo por fi, ó por feinor ó Vaille daqueill Logar, ó, efto con trefta puede conftreiner, quel pague, fegunt el fuero del Logar<sup>11</sup>.

---

por título “*Fueros del Reyno de Navarra, desde su creación hasta su feliz unión con el de Castilla*”. Las dos anteriores ediciones contenían errores y omisiones graves, por lo que la Diputación acordó una tercera, en 1869, a cargo de D. Pablo Ilarregui y D. Segundo Lapuerta. La cuarta edición, también a cargo de la Diputación Foral, es de 1964 y contiene la edición de Ilarregui y Lapuerta añadiendo el Amejoramiento del rey Carlos III el Noble. Sobre las diferentes ediciones del Fuero General, puede consultarse SALINAS QUIJADA, F. *Derecho Civil de Navarra. I*, cit., págs. 199-200.

<sup>11</sup> La transcripción se corresponde al texto de la segunda edición, de 1815, coincidente con la versión de 1686 de D. Antonio Chavier. Las ediciones de 1869 y su reproducción de 1964 contienen algunas diferencias léxicas y ortográficas, pero en esencia la redacción es la misma. Puede comprobarse en el Anexo documental incluido al final de este trabajo.

El supuesto de hecho de este Capítulo tiene en cuenta dos contratos independientes celebrados entre las mismas personas. Por un lado, existe entre ellas un préstamo de veinte *cafizes* de trigo. Por otro lado, el prestatario del trigo entregó al prestamista cincuenta maravedíes en depósito. El depositante de los maravedíes reclamó su devolución, a lo que el depositario se negó, reclamándole que devolviera primero el trigo y oponiendo que retenía el dinero en prenda hasta la devolución del trigo prestado. Ante esta negativa a la restitución, establece el Fuero que el que tiene el dinero en depósito debe primero restituirlo, puesto que no puede retenerlo ni considerarlo embargado. Una vez devueltos los cincuenta maravedíes podrá este depositario-prestamista exigir la devolución del trigo y en su caso embargar al prestatario por sí, por señor o por *bayle* del lugar.

Para completar la comparación, y aunque no se cita en las notas de la Recopilación Privada, que se remiten solo al Capítulo I que se acaba de transcribir, es conveniente traer a colación el Capítulo II de este mismo Título XI:

*Cap. II De non peindrar comienda.*

Ningun home non deve peindrar comienda por otra deuda, quel devan, mas debe dar la comienda & despues peindrar por la deuda que li deven.

Este Capítulo contiene la generalización de la regla contenida en el Capítulo anterior del Fuero General, y coincide básicamente con el § 201 del Fuero de Tudela, de donde fue tomado con toda probabilidad<sup>12</sup>. En efecto, este Capítulo II se refiere a cualquier cosa depositada y a deudas en general, de forma más amplia que el Capítulo I que se refiere al depósito de dinero, y a una deuda derivada de un préstamo. La solución de ambos Capítulos, obviamente, es la misma: nadie puede retener la cosa depositada por otra deuda que se le deba, sino que debe devolver lo depositado y después preñar o embargar por la deuda que le deben. Dicho de otro modo, el depósito no

---

<sup>12</sup> Ya transcrito en la nota nº 9. No es de extrañar puesto que el Fuero de Tudela se señala como una de las fuentes inmediatas del Fuero General, de acuerdo con MONREAL ZÍA, G. y JIMENO ARANGUREN, R. *Textos histórico-jurídicos navarros I*, cit., pág. 277.

faculta para retener la cosa depositada a pesar de la existencia de deudas del depositante frente al depositario<sup>13</sup>.

A nuestro entender resulta lógico considerar que la Recopilación Privada reenvía no solo al Capítulo I sino también al Capítulo II, del Título XI, Libro III del Fuero General. No coincidimos pues con LARA, quien opina que la remisión al Capítulo I que contiene la nota de la Recopilación Privada es una errata, debiendo entenderse en su lugar la remisión a este Capítulo II<sup>14</sup>. En apoyo de la tesis que aquí se entiende acertada, uno de los redactores de la Recopilación Privada, SALINAS, al tratar los antecedentes históricos de la ley 474 del Fuero Nuevo también incluye tanto el Capítulo I como el II del Título XI, Libro III, del Fuero General<sup>15</sup>.

La regulación del depósito en el Fuero General se cierra con la disposición contenida en F.G. 3, 16, 1 acerca de la pérdida de la cosa depositada, estableciendo que el depositario no responde si la cosa se pierde en un incendio, riada o robo, salvo si este se hace por la puerta de la casa, y salvo que se haya convenido otra cosa entre las partes.

En un esfuerzo por apreciar en el texto del Fuero General un antecedente del depósito en garantía (ley 474 FN) podría señalarse cierta coincidencia entre los supuestos de hecho de ambas normas, consistente en que existe una obligación entre dos sujetos<sup>16</sup> y que entre esos mismos sujetos se celebra un depósito<sup>17</sup>, siendo el depositario el acreedor de la primera obligación.

---

<sup>13</sup> Como se comprobará, en el actual Derecho Civil navarro el depositario carece de derecho de retención sobre la cosa aunque el depositante mantenga deudas con él (ley 551 FN), a diferencia de lo dispuesto en el Código Civil (art. 1780 CC).

<sup>14</sup> LARA GONZÁLEZ, R. “Depósito en garantía (un ejemplo normativo desde el Fuero Nuevo de Navarra)”, *RDBB*, nº 125, 2012, pág.157.

<sup>15</sup> SALINAS QUIJADA, F. Derecho Civil de Navarra. Tomo III. Volumen 2. Derecho de superficie y propiedad superficiaria, retractos legales, opción de tanteo y retracto convencionales, garantías reales, Pamplona, Gómez ed., 1971-1973, pág. 307.

<sup>16</sup> Constituida por un préstamo de trigo en F.G. 3, 11, 1 o en general por cualquier obligación en F.G. 3, 11, 2 y en la ley 474 FN.

<sup>17</sup> Depósito de dinero en F.G. 3, 11, 1, de dinero o bienes fungibles en la ley 474 FN, o bien depósito de cualquier tipo de objeto en F.G. 3, 11, 2. En este estadio inicial de la investigación nos dejamos llevar, de momento, por el término “depósito” que utiliza el Fuero Nuevo. No obstante, más adelante se analizará si realmente en la ley 474 FN se constituye verdaderamente un contrato de depósito.

No obstante, la semejanza se agota ahí y no cabe sino resaltar las diferencias entre la regulación del Fuero General y la del Fuero Nuevo. En efecto, las normas del Fuero General se encuentran en sede de depósito, y lo que establecen los citados Capítulos I y II es precisamente que el contrato de depósito no otorga al depositario la facultad de retener lo depositado en tanto el depositante no satisfaga otra obligación que tiene pendiente con él. El Fuero General no permitía al depositario retener el dinero depositado hasta que el depositante le devolviera el préstamo de trigo, sino que, al contrario, el depositario debía restituir el dinero para, posteriormente, reclamar la devolución del préstamo al depositante. La ley 474 del Fuero Nuevo, en cambio, no está situada en sede de depósito, sino de garantías reales. En ella, el depositario, acreedor de la obligación principal, sí goza de derecho de retención sobre el dinero o bienes fungibles entregados mientras se encuentre pendiente la obligación principal. Es más, solo deberá restituir el dinero depositado en caso de que el deudor de la obligación garantizada realice la prestación debida. En caso de incumplimiento, por el contrario, el acreedor-depositario imputará el dinero a la satisfacción de la obligación principal y no tendrá que restituirlo<sup>18</sup>.

En el depósito en garantía se aprecia una relación de accesoriedad entre el “depósito” de dinero y la obligación principal a la que se subordina, cuyo devenir determina la suerte de aquel. Este carácter accesorio del depósito está ausente en la norma histórica, en la que existen dos obligaciones netamente independientes que tienen en común únicamente la coincidencia entre los sujetos y sus posiciones invertidas en una y otra obligación.

Lo que explica el diferente deber de restitución del acreedor en uno y otro supuesto, y la existencia de accesoriedad entre el depósito y la obligación principal, es la finalidad de garantía, elemento central que constituye la clave para entender la figura del depósito de garantía y que está totalmente ausente en los dos Capítulos del Fuero General. Cobra mayor sentido ahora el comentario de la Recopilación Privada, que tras señalar F.G. 3,11,1 afirmaba que *“un depósito ordinario no puede convertirse en garantía por voluntad*

---

<sup>18</sup> El depósito en garantía puede constituirse no solo en manos del acreedor, sino también en manos de un tercero, lo que evidencia todavía más la diferencia entre el Fuero General y el Fuero Nuevo.

del depositario”. En efecto, y como se analizará con mayor detalle, la Recopilación Privada quiso resaltar la finalidad de garantía de la figura contenida en la ley 486 (posterior ley 474 del Fuero Nuevo), y separarla nítidamente del depósito ordinario.

Pero en lo que respecta al posible origen de la ley 486 de la Recopilación Privada es claro que las disposiciones del Fuero General no constituyen un auténtico antecedente de dicha ley. El Fuero General se refiere a un verdadero contrato de depósito y afirma que el depositario carece de derecho de retención sobre la cosa depositada por otras deudas, mientras que la Recopilación Privada y después el Fuero Nuevo colocan el depósito en garantía entre las garantías reales, y sí facultan al acreedor-depositario para retener en tanto se verifique el cumplimiento de la obligación principal garantizada<sup>19</sup>.

Solo tiene sentido la mención de la Recopilación Privada a la disposición histórica, para resaltar que en el depósito en garantía, dicha finalidad garantizadora está presente desde la celebración del depósito en garantía, y es querida por ambas partes, pues “*un depósito ordinario no puede convertirse en garantía por voluntad del depositario*”. El comentario, en definitiva, viene a diferenciar entre depósito en garantía y depósito ordinario.

De hecho, es significativo que en las notas a las leyes del Título XII de la Recopilación Privada, que preveían los contratos de custodia (leyes 560 a 570 RP), los antecedentes de Derecho navarro que se citan son siempre F.G. 3, 11, 1 y 2 y F.G. 3, 16, 1<sup>20</sup>. ALONSO ya había constatado que la normativa navarra sobre el contrato de depósito era “diminuta”<sup>21</sup>, por lo que no es de extrañar la remisión constante a estos preceptos que en realidad disponen únicamente que el depositario no puede retener la cosa depositada y el régimen de responsabilidad por la pérdida de la misma.

---

<sup>19</sup> El propio Salinas, miembro del grupo de juristas redactores de la Recopilación Privada comenta que “alguna alusión a este depósito en garantía de la ley 474 se puede encontrar en los caps. I y II, Tít. XI, Lib. III de este Código foral”. SALINAS QUIJADA, F. Derecho Civil de Navarra. III, 2, cit., pág. 307.

<sup>20</sup> *Recopilación Privada* cit., págs. 268-269. También hay algunas referencias al Digesto, y aisladas al Código de Justiniano, al Proyecto de Fuero Recopilado y al Dictamen de 1960.

<sup>21</sup> ALONSO, J. *Recopilación y comentarios de los Fueros y Leyes de Navarra, T. II*, Pamplona, Diputación Foral de Navarra, 1964, pág. 165.



No obstante, la comparación histórica no resulta baldía. Al contrario, hace aflorar ya la pretensión de separar el contrato de depósito y la figura del depósito en garantía, y hace sobresalir dos características de este: la expresa finalidad de garantía que posee desde su inicio, y la accesoriedad del depósito de dinero respecto a otra obligación principal.

De los textos posteriores al Fuero General, únicamente el Fuero Reducido de 1530 mantuvo la disposición que se contenía en el F.G. 3, 11, 2, aunque esta recopilación nunca llegó a gozar de vigencia<sup>22</sup>. Su Libro IV, Título VII “*De depositos, encomiendas y empeñamos*”, Capítulo I dispone<sup>23</sup>:

### Capítulo 1.

*No se puede retener cosa encomendada*

Ningun hombre debe retener cosa encomendada por deuda que deba el que la encomendo, pero debe la cosa encomendada y después puede demandar la deuda.

Los textos legales y las recopilaciones posteriores no solo omiten las disposiciones objeto de comentario, sino que apenas se refieren al depósito y a las prendas, cuyas regulaciones prácticamente desaparecen<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Se denominó Fuero Reducido por haberse reducido al mismo todas las disposiciones vigentes, no solo las del Fuero General. No fue aprobado por el emperador Carlos V por no incluir las Reales órdenes y providencias del Real Consejo. SALINAS QUIJADA, F. *Derecho Civil de Navarra*. I, cit., pág. 207 y sig.

<sup>23</sup> Según edición crítica de SÁNCHEZ BELLA, I., GALÁN LORDA, M., SARALEGUI PLATERO, C., OSTOLAZA ELIZONDO, I. *El Fuero Reducido de Navarra (edición crítica y estudios)*. Volumen II. Pamplona, Gobierno de Navarra, 1989, pág. 351.

<sup>24</sup> En la Recopilación elaborada por los Síndicos de las Cortes D. Pedro de Sada y D. Miguel Murillo y Ollacarizqueta, publicada en 1614, desaparece el Título que las anteriores habían dedicado al depósito, *comienda o encomienda*. Únicamente existe una regulación sobre el depositario y los depósitos en el Libro II, Título XVIII, Leyes 1 a 7, pero se refieren a los depósitos judiciales. También desaparece la regulación anterior sobre las prendas. Se encuentra solamente una mención en el Libro I, Título XXIV, Ley 1, para prohibir al acreedor tomar en prenda el ganado por ocasionar grandes gastos y daños para el propietario que se ve privado de él. Véase, respectivamente, *Las leyes de Navarra hechas en Cortes generales a suplicación de los tres Estados de dicho Reino desde el año 1512 hasta el de 1612. Reducidas a sus debidos títulos y materias por el Licenciado Pedro de Sada y Doctor Miguel de Murillo y Ollacarizqueta*. Pamplona, Nicolás de Afsyain, *Impreffor del Reyno de Navarra*, 1614, págs. 217-219 y pág. 140.

Tras obtener la conclusión de que el depósito en garantía no tiene un origen histórico, es importante situar entonces en qué momento del proceso recopilador del Derecho privado navarro y bajo qué circunstancias fue introducido.

## 1.2.- El proceso recopilador del Derecho privado navarro

Tras la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 el Derecho propio de Navarra había quedado subsistente en toda su integridad, pero la desaparición de las Cortes navarras impedía la reforma y desarrollo de la legislación propia, por lo que en la práctica se recurría a la aplicación de las disposiciones legales de Castilla<sup>25</sup>.

En este contexto, y mientras a nivel estatal se intentaba avanzar en la labor codificadora del Derecho Civil, en Navarra es de destacar la publicación de la obra de JOSÉ ALONSO, titulada “*Recopilación y comentarios de los*

---

A la Recopilación de Sada y Ollacarizqueta le siguieron algunas otras colecciones, hasta que en 1701, las Cortes de Pamplona encomendaron a su Síndico D. Joaquín de Elizondo que añadiera a la Recopilación de Sada y Ollacarizqueta, que se estimaba muy acertada, las leyes posteriores. D. Joaquín de Elizondo terminó su trabajo, al que se llamó “*Novissima Recopilación*”, y fue publicado en 1735. Recoge las leyes aprobadas por las Cortes de Navarra desde 1512 hasta 1716, fecha en la que comienzan los Cuadernos de Cortes. El depósito aparece únicamente en el Libro II, Título XVIII, que lleva por título “De el Depositario, y de los Depositos”. Sin embargo, se ciñe exclusivamente a los depósitos efectuados ante los Jueces, para establecer que en adelante se hagan ante los Thesoreros o Bolseros de las Ciudades y poco más tarde ante el Depositario General. Así pues, se trata de depósitos judiciales o de figuras similares. *Novissima Recopilación. Vol. II*. Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1964, pág. 592 y sig.

Por último debe hacerse referencia a los Cuadernos de Cortes, que suponen la publicación de las leyes aprobadas por las Cortes entre 1724 y 1829, además de los reparos de agravios y contra-fueros. No se adopta por tanto ningún orden sistemático como en las anteriores recopilaciones. Las leyes aprobadas en estos años se refieren a cuestiones muy variopintas, y muchas de ellas a supuestos particulares. En la materia que nos ocupa, por su relación con los depósitos en manos del Depositario General, cabe mencionar la Ley XXXIV de las Cortes de Pamplona de 1766 que establece que los depósitos puedan hacerse en piezas de oro. No se contempla ninguna otra ley relativa a los depósitos. *Cuadernos de las Cortes del Reino de Navarra. Volumen I*. Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1964, págs. 470-471.

<sup>25</sup> Así lo constata SALINAS QUIJADA, F. *Derecho Civil de Navarra, I*, cit., págs. 284-285.

*Fueros y Leyes de Navarra*<sup>26</sup>, en la que realizó un gran esfuerzo por recoger y ordenar las disposiciones del Fuero General, de las recopilaciones posteriores y de la *Novíssima Recopilación*. El autor dedica el Título VI de esta obra a las *comiendas* o depósitos, y en él recoge los Capítulos I y II del Título XI, Libro III del Fuero General, ya examinados en relación a la nota a la ley 486 de la Recopilación Privada, así como el Capítulo I del Título XVI, también del Libro III del Fuero General, sobre la responsabilidad del depositario<sup>27</sup>. Las referencias de ALONSO a las normas del Fuero General, y sus respectivos comentarios, fueron sin duda tenidos en cuenta por los redactores de la Recopilación Privada tanto a la hora de justificar la regulación de los contratos de custodia, como en la redacción de la nota a la ley 486.

Tras el abandono del Proyecto de Código Civil de 1851, que pretendió derogar los Derechos forales, se dictó en 1880 un Real Decreto en el que se ordenaba incorporar a la Comisión General de Códigos representantes foralistas, con el objeto de que se realizaran una serie de memorias sobre las instituciones forales que seguían vigentes. En Navarra se nombró a D. ANTONIO MORALES Y GÓMEZ, quien redactó una Memoria, duramente criticada y que no tuvo sanción oficial<sup>28</sup>. En ella siguió el mismo orden que el Proyecto de Código Civil, señalando las instituciones propias del Derecho de Navarra. Respecto a la regulación tanto del depósito como de los derechos reales de garantía, se remite por entero al Proyecto de Código Civil.

---

<sup>26</sup> Constaba de dos tomos, publicados en 1848 y 1849. La obra gozó de un valor muy destacado entre los juristas navarros, como referencia para la consulta profesional, de acuerdo con SALINAS QUIJADA, F. *Derecho Civil de Navarra*, I, cit., pág. 265.

<sup>27</sup> ALONSO, J. Recopilación y comentarios de los Fueros y Leyes de Navarra, Tomo II, cit., págs. 164-176.

<sup>28</sup> MORALES Y GÓMEZ, A. *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho Civil de Navarra*, Pamplona, Imprenta Provincial a cargo de V. Cantera, 1884. Salinas da cuenta de los pormenores del nombramiento (por ser amigo del Ministro de Justicia, como admite el propio Morales) y las dificultades y críticas a su trabajo. SALINAS QUIJADA, F. *Derecho Civil de Navarra*, I, cit., págs. 295-302.

Tras la aprobación del Código Civil en 1889<sup>29</sup>, el Derecho foral pretendió ser incluido por medio de “Apéndices” al propio Código, sistema que fracasó porque se integraban en el cuerpo legal como excepción, y con la restricción de que solo debía incluirse aquello que “conviniera conservar”<sup>30</sup>. Los varios proyectos de Apéndice para Navarra que fueron elaborados trataron de recoger las diferencias entre lo preceptuado en el Código Civil y lo dispuesto por el Derecho privativo de Navarra, con mayor o menor amplitud, pero ninguno de ellos recuperó las disposiciones del Fuero General a las que se viene haciendo referencia y que habían sido señaladas por ALONSO, ni tampoco recogían ninguna institución parecida o próxima al depósito en garantía<sup>31</sup>. El método de los Apéndices tuvo que ser desechado y la cuestión del Derecho foral siguió latente.

---

<sup>29</sup> El Código Civil no regula la figura del depósito en garantía. La entrega de dinero con finalidad de garantía tampoco se preveía en el Proyecto de Código Civil de 1851, ni en las leyes de bases de 1881 y de 1885.

<sup>30</sup> De acuerdo con DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A. *Sistema de Derecho Civil Vol. I*, 12ª edición, Madrid, Tecnos, 2012, pág. 71.

<sup>31</sup> Aunque hubo alguno más se destacan los siguientes Apéndices:

- a) Apéndice de la Comisión de Códigos (*Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*. Imprenta Provincial a cargo de J. Ezquerro, Pamplona, 1900, reimprimido en 1904). El método seguido en este Apéndice fue el de reseñar en letra cursiva todo lo que constituía Derecho privativo de Navarra y proponer una redacción alternativa de los artículos del Código Civil afectados para que fueran respetuosos con la normativa foral. No se proponían modificaciones a los artículos 1740-1789 (reguladores de los préstamos y el depósito), a los artículos 1857-1862 (disposiciones comunes a la prenda e hipoteca) ni a los artículos 1863-1873 del Código Civil (de la prenda).
- b) Apéndice del Colegio de Abogados (*Informe sobre el proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*, aprobado por la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona, Pamplona, Imprenta M. Falces, 1926). Se pronuncia exclusivamente sobre los artículos del Título I del Código Civil.
- c) Apéndice de Aizpún y Arvizu (*Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*. Licenciado Rafael Aizpún Santafé, Licenciado Fernando Arvizu. Pamplona, Imprenta a cargo de M. Falces, 1930). Recoge diversas disposiciones relativas a las fuentes del Derecho, el matrimonio y el régimen económico del matrimonio, y sobre todo se ocupa de las sucesiones, a las que dedica la parte más extensa del articulado.
- d) Apéndice del Ilustre Colegio Notarial de Pamplona (*Apéndice del Derecho Navarro al Código Civil*. Proyecto formulado por el Ilustre Colegio Notarial de Pamplona. Pamplona, Imprenta Emilio García Enciso, 1930). Contiene disposiciones numeradas con las peculiaridades de Navarra en cuanto a sucesiones y régimen económico matrimonial, principalmente.
- e) Proyecto de apéndice de la Diputación Foral Navarra (*Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*. Diputación Foral de Navarra. Pamplona, Imprenta Provincial a cargo de M. Falces, 1945). Además de recoger ampliamente la tradición legal navarra en cuanto a sucesiones y régimen económico matrimonial, añade disposiciones sobre propiedad,

### 1.2.1.- El Fuero Recopilado de Navarra

Tras el Congreso de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en 1947, los Derechos forales vivieron un nuevo impulso, proponiéndose la elaboración de un Código Civil único para todo el territorio nacional que recogiera las instituciones de Derecho común, las instituciones propias del Derecho foral así como las peculiaridades de algunas regiones. El primer paso en este proceso fue la elaboración de Compilaciones del Derecho foral.

Para asumir esa labor, en Navarra, el Consejo de Estudios de Derecho Navarro se constituyó en Comisión Compiladora<sup>32</sup>. En 1959, SANTAMARÍA inició la redacción de unas notas previas para un Anteproyecto de Fuero Recopilado o Compilación de Derecho Civil de Navarra. La Comisión Compiladora elaboró el texto con mucha rapidez, por la urgencia de las altas autoridades para acelerar la tarea compiladora, y fue publicado el 9 octubre de 1959.

No existe en el texto del Anteproyecto de Fuero Recopilado ninguna referencia al depósito en garantía. El Libro III, Título XIV trata “De los contratos de garantía”<sup>33</sup>, pero comprende únicamente dos leyes: la ley 156 que se refiere a la garantía prestada por la mujer casada, y la ley 157 referida a la fianza solidaria. Nada que ver con el contenido que presentará posteriormente el Libro III, Título VII “De las garantías reales”, de la Recopilación Privada.

En sede de depósito se prevé lo siguiente sobre el depósito de dinero<sup>34</sup>:

---

vecindades foráneas, servidumbres, resolución de la venta, retracto gentilicio o rescisión por lesión, por lo que es el proyecto con el contenido más amplio. A pesar de eso, no contiene ninguna previsión sobre depósitos o garantías.

<sup>32</sup>Véase NAGORE YÁRNOZ, J.J. *Historia del Fuero Nuevo de Navarra*. Pamplona, Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia, 1994, pág. 34. En esta monografía, a la que nos remitimos para mayor detalle, se recogen detenidamente los antecedentes inmediatos al Fuero Nuevo o Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, así como los pormenores del proceso de elaboración y aprobación de esta.

<sup>33</sup> COMISIÓN COMPILADORA DE DERECHO NAVARRO. *Anteproyecto de Fuero Recopilado de Navarra*, Pamplona, Editorial Gómez, 1959, pág. 42.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pág. 41.

*Título XIII El depósito*

*Ley 153: Si al constituirse el depósito de una cantidad de dinero, o con posterioridad mientras el depósito subsiste, autorizase el depositante al depositario a disponer de ella, habrá mutuo desde que el depositario dispuso para asuntos propios o confundió el dinero con sus propios caudales.*

Por tanto, en este Anteproyecto de Fuero Recopilado el depósito de dinero es un depósito cerrado, un verdadero depósito en el que el depositario debe custodiar y restituir los mismos billetes o monedas entregados. Para que el depositario disponga de las cosas necesita la autorización del depositante, y a partir del momento de la disposición el contrato se convierte en mutuo. No se contiene ninguna alusión a su posible función de garantía.

El Anteproyecto de Fuero Recopilado se presentó a información pública durante un plazo de quince días, tras los cuales la Comisión Compiladora entregó a la Diputación, el 3 de diciembre de 1959, ya editado, el Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra<sup>35</sup>.

Este Proyecto de Fuero Recopilado fue rechazado por los juristas navarros debido al escaso proceso de información pública, a la rapidez en su elaboración y a que no resolvía los problemas de la supletoriedad del Derecho romano ni la cuestión de la costumbre contra ley<sup>36</sup>.

En su articulado se mantuvo la redacción de las leyes del Anteproyecto sobre los contratos de garantía, ubicados en el Título XIV. Las leyes pasaron a ser la ley 158 sobre otorgamiento de garantía por la mujer casada y la ley 159 sobre fianza solidaria<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> COMISIÓN COMPILADORA DE DERECHO NAVARRO. *Fuero Recopilado de Navarra*, Pamplona, Editorial Gómez, 1959. La obra se editó con el título “Fuero Recopilado de Navarra”. Sin embargo, en su interior siguió manteniendo la denominación “Proyecto” de “Fuero Recopilado de Navarra”. Se ha optado por utilizar en nuestro texto la denominación de “Proyecto”, que se considera más correcta puesto que nunca llegó a aprobarse.

<sup>36</sup> Así lo recoge NAGORE YÁRNOZ, J. J. *Historia del Fuero Nuevo*, cit., pág. 35, y con mayor detalle en la nota 8.

<sup>37</sup> COMISIÓN COMPILADORA DE DERECHO NAVARRO. *Fuero Recopilado*, cit., pág.70.

Respecto al depósito de dinero, el texto mantuvo una redacción similar a la del Anteproyecto, aunque sufrió ciertas modificaciones<sup>38</sup>:

*Título XIII Del depósito*

*Ley 155 El depósito irregular*

*Si con el consentimiento del depositante de una cantidad de dinero dispusiera de este el depositario, habrá mutuo desde que dispuso para asuntos propios o confundió el dinero con sus propios caudales.*

Las diferencias fundamentales son que se añade el ladillo “depósito irregular” y que el Anteproyecto precisaba que el consentimiento del depositante podía otorgarse al inicio del depósito o con posterioridad a su conclusión.

Esta disposición sobre el depósito irregular sería sustituida por la ley 570 de la Recopilación Privada (que pasaría a ser la posterior ley 554 del Fuero Nuevo), con la que presenta una diferencia sustancial pues mientras que en el Proyecto de Fuero Recopilado (al igual que en el Anteproyecto) la disposición del dinero transformaba el depósito irregular en mutuo (“*habrá mutuo*”), en la Recopilación Privada y en el Fuero Nuevo no se establece esta transformación del depósito irregular en préstamo, sino únicamente la aplicación al depósito irregular de ciertas normas relativas al mutuo (“*se aplicará lo dispuesto para el préstamo de dinero...*”)<sup>39</sup>.

De las enmiendas o dictámenes presentados a este Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra, es de destacar el elaborado por cuatro juristas, que posteriormente formarían parte del grupo que redactó la Recopilación Privada<sup>40</sup>. Proponen añadir en sede de depósito dos nuevas leyes, que según

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, pág. 69.

<sup>39</sup> La Recopilación Privada se separó así de lo dispuesto por el artículo 1768 del Código Civil y adoptó la misma solución que adoptan el Código de Comercio en su artículo 309, y el *Codice Civile* italiano en su artículo 1782.

<sup>40</sup> GARCÍA-GRANERO, J., LÓPEZ-JACOISTE, J. J., AIZPÚN, J. y NAGORE, J. J. *Dictamen sobre el Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra*, 30 de abril de 1960.

las notas de su Dictamen proceden del Fuero General de Navarra<sup>41</sup>. La primera de ellas disponía<sup>42</sup>:

*Ley 170 Derecho de retención*

*En ningún caso podrá el depositario retener el objeto del depósito por razón de lo que le adeudare el depositante, a menos que la deuda proviniera del propio depósito.*

Esta nueva ley se justifica en la disposición del Fuero General, Libro III, Título XI, Capítulo II, ya conocida, y que recogía la prohibición de retener la cosa depositada en virtud de otra deuda contraída por el depositante. Esta alusión demuestra que la norma del Fuero General ya estaba en la mente de los que finalmente fueron redactores de la Recopilación Privada y será objeto de comentario en el epígrafe siguiente, pues ha de tenerse presente cómo se trasladó a la Recopilación Privada y su relación con el depósito en garantía.

### **1.2.2.- La Recopilación Privada**

La Diputación Foral guardó silencio sobre el Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra y en 1960, un grupo de juristas<sup>43</sup> emprendió una nueva labor de Recopilación, con un método de trabajo consistente en “*recoger todos los textos legales escritos, las costumbres y las estipulaciones y cláusulas de escrituras notariales, de gran importancia para el Derecho navarro, y fundamentar, en notas a los textos, la procedencia de estos*”<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, pág. 34 para el texto de las leyes, y pág. 18 del “complemento” al Dictamen para las notas a dichas leyes.

<sup>42</sup> La otra ley añadida es la 171: “*Caso fortuito y hurto: el depositario no responde del caso fortuito pero sí del hurto que se realizare en su casa, de la cosa depositada*”. Se justifica en el Fuero General, Libro III, Título XII, Cap. I. Sin embargo, la remisión no es correcta. El Fuero General, Libro III, Título XII, Cap. I se refiere a las compraventas efectuadas por hidalgos (ediciones de 1687, 1815, 1869 y 1964). La remisión debió hacerse al Fuero General Libro III, Título XVI, Cap. I, que regula la pérdida de la cosa depositada o pignorada en caso de incendio, “dilubio” o robo, en cuyo caso no responderá el depositario, salvo que se hubiera pactado otra cosa, mientras que sí responde si el robo se hizo por la puerta de la casa.

<sup>43</sup> Finalmente fueron redactores de la Compilación: D. Juan García-Granero Fernández (notario), D. Jesús Aizpún Tuero (abogado), D. Jose Javier López Jacoiste (notario y catedrático), D. Juan Santamaría Ansa (magistrado), D. Jose Javier Nagore Yáñez (notario), D. Álvaro D’Ors Pérez-Peix (catedrático), D. José Arregui Gil (magistrado) y D. Francisco Salinas Quijada (abogado).

<sup>44</sup> Así lo recoge el propio Nagore, que formó parte del grupo, en NAGORE YÁRNOZ, J. J. *Historia del Fuero Nuevo*, cit., pág. 38.



El trabajo de estos juristas culminó con la redacción de la Recopilación Privada, que fue publicada en 1971<sup>45</sup>. Es interesante recoger los pormenores de su elaboración, en lo que interesa al objeto de esta investigación, ante la dificultad de conocer cómo el entonces Título VIII “De las garantías reales” de la Recopilación Privada, en el que se incluyó el depósito en garantía (ley 486 RP), llegó a tener su contenido definitivo.

El sistema que siguieron los redactores de la Recopilación Privada fue la elaboración de ponencias para posteriormente discutir las en “pleno”<sup>46</sup>. El Título relativo a las garantías reales inicialmente tenía un contenido bien distinto y más reducido. El grupo de juristas trabajaba en el siguiente esquema<sup>47</sup>:

*Título VIII.- DE LAS GARANTÍAS REALES.*

*Disposiciones generales*

*Capítulo 1º: Carta de gracia y venta con pacto de retro*

*Capítulo 2º: Transmisión fiduciaria (sentencia del año 1956)*

*Capítulo 3º: Reserva de dominio*

*Capítulo 4º: Venta con condición resolutoria*

*Capítulo 5º: Prohibición de disponer*

---

<sup>45</sup> En una primera etapa, desde el inicio de los trabajos hasta 1966, se redactaron los Libros I “De las personas y de la familia” y II “De las donaciones y sucesiones”. Presentado el texto de esta Recopilación Privada a la Diputación Foral, esta ordenó publicar la obra, que apareció en 1967 como “Derecho Privado Foral de Navarra. Recopilación Privada”, volumen XI de la Biblioteca de Derecho Foral. Tras la publicación de la Recopilación Privada de 1967 el grupo privado de juristas retomó los trabajos con el objetivo de terminar la Recopilación con la elaboración del Libro III, de los Bienes. La Comisión Compiladora de Navarra, de la que todos los juristas del grupo privado eran miembros, reanudó su actividad paralelamente a la del grupo privado, quedando constituido dicho grupo privado como ponencia oficial de la Comisión compiladora, si bien no se logró la coordinación entre ellos, por discrepancias sobre el modo de trabajar. La obra completa se publicó en 1971. NAGORE YÁRNOZ, J. J. *Historia del Fuero Nuevo*, cit., págs. 37 y sig.

<sup>46</sup> Se infiere así de los Archivos personales de Nagore Yárnoz, quien actuaba a modo de secretario de las reuniones, levantando “actas” de las mismas. Se conserva también en sus archivos correspondencia personal entre los juristas del grupo, borradores, esquemas y notas originadas durante los trabajos de elaboración de la Recopilación Privada.

<sup>47</sup> NAGORE YÁRNOZ, J. J. *Archivos personales*, Tomo VIII, págs. 108-109. Se corresponde al esquema de una reunión de trabajo celebrada en Belabarce entre el 6 y el 9 de junio de 1968.

En octubre de 1968 la redacción de las disposiciones de este Título continuaba pendiente, adjudicándose su elaboración a SALINAS y LÓPEZ JACOISTE<sup>48</sup>. En el Acta de la reunión de 22 de octubre de dicho año, el esquema del Título seguía siendo el mismo, a excepción del Capítulo 2º (transmisión fiduciaria), que se había eliminado de este Título y de la inclusión de un Capítulo 1º, relativo a las disposiciones comunes.

En la posterior reunión de 7 de diciembre de ese mismo año, consta que se habían redactado todos los Capítulos del Título “De las garantías reales”, que pasó a ser el VII, añadiéndose “y de las prohibiciones de disponer”<sup>49</sup>.

Sin embargo, en enero de 1970, al actualizar el índice que había de tener la Recopilación Privada, aparece reformulado el Título VII “De las garantías reales”, sin el añadido “de las prohibiciones de disponer”, y con nuevos contenidos<sup>50</sup>:

*Capítulo I.- Disposiciones generales*

*Capítulo II.- De las garantías fiduciarias y por arras*

*Capítulo III.- De la prenda, hipoteca, antecresis (sic), derecho de retención y depósito en garantía.*

*Capítulo IV.- De la venta con pacto de retro*

*Capítulo V.- De las prohibiciones de disponer*

*Capítulo VI.- De la venta con pacto de reserva de dominio*

*Capítulo VII.- De la venta con condición resolutoria (sic)*

Es decir, en dos meses se amplía el contenido del Título y se añaden dos Capítulos relativos a la garantía fiduciaria y por arras, y a la prenda, la hipoteca, la antecresis, el derecho de retención y el depósito en garantía. Se desconoce qué motivó la inclusión de este contenido nuevo en el Título, y de quién o quiénes surgió la iniciativa. Lo cierto es que la ampliación no se limitó solo al depósito en garantía, sino que también se incluyeron disposiciones relativas a la prenda, la hipoteca, las arras y el derecho de retención. Tampoco

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, págs. 143-144.

<sup>49</sup> *Ibidem*, págs. 188-189. El añadido fue manuscrito.

<sup>50</sup> NAGORE YÁRNOZ, J. J. *Archivos personales*, Tomo XI, págs. 13-17.

existe constancia de si se modificó la redacción de las disposiciones que sí estaban previstas desde un inicio, puesto que no se han conservado los borradores correspondientes.

En junio de 1970 se había completado la redacción de todo el Título relativo a las garantías reales<sup>51</sup>. En la redacción final de la Recopilación Privada el depósito de garantía se recogió en la ley 486, dentro del Título VII “De las garantías reales”, Capítulo III “De la prenda, hipoteca, anticresis, derecho de retención y depósito en garantía”. Nótese que el ladillo de la ley 486, y el texto de la propia ley se refiere al depósito “*de*” garantía, mientras que en la enumeración de figuras que componen el Capítulo aparece como depósito “*en*” garantía. La redacción de la ley 486 es la siguiente:

*Depósito de garantía*

*Para garantía del cumplimiento de una obligación puede constituirse a favor del acreedor un depósito de dinero u otras cosas fungibles. El acreedor adquiere la propiedad de las cosas depositadas en su poder, con obligación de restituirlas al depositante si procediere, conforme a lo establecido en el contrato. Cuando el depósito de garantía se haga en poder de un tercero, este quedará obligado a entregarlo al acreedor o a restituirlo al depositante, según corresponda conforme a lo pactado.*

Como ya se ha señalado anteriormente, la nota correspondiente a la ley 486, además de remitirse al Fuero General, afirma que “*se trata de un depósito constituido con el fin de garantía, porque un depósito ordinario no puede convertirse en garantía por voluntad del depositario*”.

No se menciona, sin embargo, el depósito de (o en) garantía en la enumeración de las garantías que efectúa la ley 476, cuestión que sería corregida en la redacción final del Fuero Nuevo.

Es oportuno traer a colación en este momento algunas otras normas de la Recopilación Privada que guardan relación con el depósito en garantía, en concreto, las leyes 560, 561 y 565.

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, pág. 80.

En cuanto a las dos primeras, tras definir la ley 560 los contratos de custodia como aquellos en los que una persona encomienda a otra de su confianza una cosa para su guarda leal, disponía que estos contratos se registrarán por lo pactado y, en su defecto, por las leyes del presente Título. Por su parte la ley 561 de la Recopilación establecía:

*Obligaciones*

*Salvo que por pacto o disposiciones legales o por la naturaleza del acto proceda otra cosa, en toda relación que imponga un deber de custodia serán exigibles las obligaciones propias del depositario.*

*Depósito de garantía*

*Para el supuesto del depósito como garantía se estará a lo dispuesto en la ley 486.*

Ambas leyes deben interpretarse conjuntamente, ya que de ellas se extrae la lógica de la Recopilación Privada sobre los contratos de custodia. En efecto, la Recopilación define los contratos de custodia como aquellos en los que existe obligación de guarda, como finalidad fundamental del negocio, y a ellos les resultan aplicables todas las normas del Título. Pero también es consciente de que puede existir una obligación de guarda, accesoria, en otros negocios en los que no exista contrato de custodia, como en una prenda, en un arrendamiento, etc. A estas situaciones no se les pueden aplicar todas las normas relativas a los contratos de custodia, pero sí les resultan aplicables las que prevén las obligaciones del depositario<sup>52</sup>.

Pues bien, el párrafo segundo de la ley 561 excluye que al depósito en garantía deban aplicársele las normas relativas a las obligaciones del depositario, o las propias de los contratos de custodia, resultándole de aplicación su propia disposición, la ley 486. Hay que tener en cuenta que la Recopilación ya admite el depósito irregular, como contrato de custodia, en su ley 570. La figura de la ley 486 es diferente del depósito irregular, por su finalidad de garantía<sup>53</sup>. No hay en el depósito en garantía contrato de custodia y por tanto no le son aplicables las normas propias de estos contratos sino su propia norma, la ley 486, en sede de garantías reales. Estas tienen en común,

---

<sup>52</sup> OZCÁRIZ MARCO, F. “Comentario a las leyes 546-555” en la obra colectiva dirigida por RUBIO TORRANO, E. *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, págs. 1858 y sig.

<sup>53</sup> La relación entre contrato de custodia, depósito irregular y depósito en garantía será analizada más pormenorizadamente en los Capítulos siguientes.

en el Fuero Nuevo, que aumentan la seguridad de cobro del acreedor y además recaen sobre una cosa determinada, afectándola (con mayor o menor intensidad) al cumplimiento de la obligación principal.

En lo que se refiere a la ley 565 de la Recopilación Privada, esta dispone que el depositario no tiene derecho de retención sobre la cosa depositada. Es menester recordar que de acuerdo con la ley 170 del Dictamen al Fuero Recopilado, el depositario no podía retener la cosa depositada por ninguna deuda, salvo que proviniera del propio depósito, solución paralela al artículo 1780 del Código Civil. Aunque se intentara justificar en F.G. 3, 11, 2, lo cierto es que la norma histórica no concedía al depositario derecho de retención en ningún caso, mientras que esta propuesta de ley que se contenía en el Dictamen sí permitía retener por deudas surgidas del propio depósito. La influencia de la norma del Código Civil es evidente.

La Recopilación Privada, en su ley 565, dispone, en cambio, que el depositario “no podrá retener la cosa depositada en garantía de otro depósito ni de ningún otro derecho que tenga contra el depositante”<sup>54</sup>. La Recopilación Privada se desprende del influjo del Derecho común y recupera la norma tradicional conforme a la cual el depositario no ostenta derecho de retención sobre la cosa depositada, aunque tenga otros créditos frente al depositante. Pero más allá de si el depositario carece o no de derecho de retención, se ha de prestar atención a la terminología utilizada por la Recopilación Privada. La citada ley 565 impedía al depositario retener “la cosa depositada en garantía”. El término “en garantía” fue suprimido en la redacción final de la ley 551, párrafo segundo, del Fuero Nuevo, al que se trasladó la disposición de la ley 565 de la Recopilación Privada. En nuestra opinión esta eliminación no es casual pues la redacción primitiva de la ley 565 se prestaba a una doble interpretación: por un lado, podía interpretarse que la cosa depositada no podía retenerse “en garantía” del cumplimiento de otra obligación; pero por otro lado cabía interpretar que la norma se refería a la “cosa depositada en garantía” situándonos en el ámbito del depósito en garantía de la ley 486 de la Recopilación Privada, y negando al depositario en

---

<sup>54</sup> Esta ley se justifica en las notas de la Recopilación Privada, efectivamente, en el F.G. 3, 11, 1 y 2. *Recopilación Privada*, cit., pág. 268. Actualmente, se encuentra en el segundo párrafo de la ley 551 del Fuero Nuevo: (el depositario) “no podrá retener la cosa depositada por razón de este derecho (indemnización por los gastos y perjuicios que le haya ocasionado el depósito) u otro cualquiera que tenga contra el depositante”.

garantía la facultad de retener el dinero depositado que sí le concede la ley 486.

Para no inducir pues a confusión entre la auténtica figura del depósito en garantía y este otro supuesto de retención derivado del contrato de depósito se eliminó la expresión “en garantía” en la redacción final de la ley 551 del Fuero Nuevo.

A pesar de la tardía incorporación de la figura del depósito en garantía a la Recopilación Privada, lo examinado denota que sus redactores tuvieron cuidado a la hora de separar el contrato de depósito y la figura del depósito en garantía, colocando esta en sede de garantías reales, excluyéndola de la aplicación de las normas sobre los contratos de custodia (leyes 560 y 561 RP), eliminando el término “en garantía” de la ley 565 de la Recopilación, y afirmando que un depósito ordinario no puede convertirse en garantía por voluntad del depositario, en las notas a la ley 486.

Tras la publicación de la Recopilación Privada en 1971, la Comisión Compiladora de Navarra acordó que la Recopilación Privada se considerara Anteproyecto de la Compilación de Derecho Navarro del pleno de la Comisión tras lo cual se abrió un período de información pública durante el cual se presentaron varias enmiendas, ninguna de ellas relativas al depósito en garantía.

A finales de ese año se constituyó en la Comisión General de Codificación la Sección Especial encargada del estudio del Derecho Foral de Navarra, que debía aprobar el texto de la Compilación conjuntamente con la Comisión de Navarra. Al estudiar ambas Comisiones el Título VII “De las garantías reales”, se propuso por la Sección Especial añadir a la enumeración de las garantías reales de las leyes 476 y 477 de la Recopilación la “*fiducia*”, las “*arras*” y el “*depósito en garantía*”, que se habían omitido<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Nagore recoge en el acta de esta reunión, celebrada el 17 de junio de 1972 en Madrid, que los Sres. Bonet y Hernández Gil sugirieron dicha adición, y apuntó “*por la razón de que se regula más adelante y aquí se olvidó*”. Respecto a la Ley 486 escribe Nagore: “*Objeciones de Escriba. Se desechan. / (NOTA: Convendrá enviarle un MODELO DE CONTRATO DE PRÉSTAMO ENLAZADO CON VENTA A RETRO, tal como se hace en Navarra en bastantes Notarías)./ ESTO PARA LO QUE SIGUE*”. Se desconocen cuáles fueron las objeciones a la ley 486, que no se han recogido. La referencia al préstamo enlazado con venta a retro entendemos que se refiere al Título siguiente, “De la venta con pacto de retro en función de garantía”. NAGORE YÁRNOZ, J. J. *Archivos personales*, Tomo XIX, pág. 45.

Efectivamente, esta sugerencia fue aceptada por la Comisión Compiladora de Navarra y se acogió en la redacción final del Fuero Nuevo.

Tras la finalización de los trabajos para la elaboración definitiva de la Compilación, el Proyecto fue aprobado por el Consejo Foral y promulgado por una ley personal del Jefe del Estado D. Francisco Franco el 1 de marzo de 1973, conforme al procedimiento acordado entre Madrid y Navarra.

La ley 486 de la Recopilación Privada pasó a ser la ley 474 del Fuero Nuevo, situada también dentro del Libro III “De Los Bienes”, Título VII “De las garantías reales”, Capítulo III “De la prenda con desplazamiento, hipoteca, anticresis, derecho de retención y depósito en garantía”, con la misma redacción. Únicamente cambian dos comas<sup>56</sup> que no afectan al sentido del texto<sup>57</sup>. Se unifica, eso sí, la expresión depósito “en” garantía, acabando con la doble expresión “en” o “de” garantía, que utilizaba la Recopilación Privada.

De todo lo analizado es claro en primer lugar que la figura de la ley 486 de la Recopilación Privada (actual ley 474 del Fuero Nuevo) no tiene su origen en la tradición jurídica navarra. La referencia al Fuero General que efectúa la Recopilación Privada no supone el señalamiento del origen de la norma, sino que debe leerse conjuntamente con el comentario posterior que indica que un depósito ordinario no puede convertirse en garantía por voluntad del depositario. La figura de la ley 474 del Fuero Nuevo se constituye, desde el inicio, con finalidad de garantía, y en esta finalidad se encuentra su esencia. Por otro lado, los redactores de la Recopilación Privada tuvieron cuidado en distinguir el depósito en garantía, introducido en las últimas fases de redacción de la Recopilación Privada, y los contratos de custodia.

Se hace preciso entonces localizar la inspiración para la introducción del depósito en garantía, habiéndose señalado la influencia de las elaboraciones de la doctrina italiana a partir de mediados del siglo XX en

---

<sup>56</sup> En la ley 486 de la Recopilación Privada había una coma tras “en su poder”, que desaparece en la redacción de la ley 474 del Fuero Nuevo. En esta existe una coma antes de “si procediere”, que no estaba en la ley 486 de la Recopilación Privada.

<sup>57</sup> En este sentido, también LARA GONZÁLEZ, R. “Depósito en garantía...”, cit., pág. 157.

torno al depósito con finalidad de garantía, iniciadas con ocasión de una Sentencia de la Corte de Casación de 15 de enero de 1937.

## 1.3.- La influencia italiana en la introducción de la ley 474 del Fuero Nuevo

### 1.3.1.- El *deposito a scopo di garanzia* bajo el *Codice Civile* de 1865

#### 1.3.1.1.- El inicio de la polémica

Entre los pocos autores que se han ocupado del origen del depósito en garantía en el Derecho navarro, LARA sitúa fundamentalmente en la doctrina y jurisprudencia italianas del segundo cuarto del siglo XX la inspiración de la ley 486 de la Recopilación Privada<sup>58</sup>. DORAL, en su comentario a la ley 474 del Fuero Nuevo, sin referirse expresamente al origen de la disposición, indica que se ha ocupado de “este depósito” la doctrina italiana que ha analizado el artículo 1773 del *Codice Civile*<sup>59</sup>. Para comprobar realmente la influencia que ejercieron sobre el Fuero Nuevo las teorías defendidas en Italia sobre el depósito con finalidad de garantía, tanto bajo la vigencia del *Codice Civile* de 1865 como del actual *Codice* de 1942, es conveniente un análisis de las mismas desde el punto de vista cronológico.

El Código Civil italiano de 1865 no preveía la figura del depósito en garantía, ni tampoco la prenda irregular o garantía alguna sobre dinero. Así las cosas, una sentencia de la Corte de Casación inició un largo debate doctrinal, que ha llegado hasta la actualidad, y durante el cual se han defendido posturas muy diferentes en torno a la naturaleza del depósito en garantía, más frecuentemente denominado depósito con finalidad de garantía (*deposito a scopo di garanzia*)<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup>LARA GONZÁLEZ, R. “Depósito en garantía...” cit., pág. 158.

<sup>59</sup>DORAL GARCÍA, J.A. “Comentarios a las leyes 463-474”, en la obra colectiva dirigida por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXVIII, Vol. 1 Madrid, Revista de Derecho Privado, Ed. de Derecho Reunidas, 2002, pág. 932, especialmente nota nº 121.

<sup>60</sup> También es frecuente utilizar la expresión *deposito in funzione di garanzia*, y algunas otras como depósito a favor de tercero o depósito trilateral. Al respecto nota 691.



La sentencia objeto de debate fue dictada por la Corte de Casación el 15 de enero de 1937, caso *Cavallini c. Galassi*, siendo los hechos que la motivaron básicamente los siguientes: en una compraventa de un inmueble, las partes acordaron que el comprador depositara el precio en manos de un tercero, el notario otorgante del contrato. Este debía entregar el dinero al comprador o al vendedor, en función de la verificación de la condición impuesta en el contrato de compraventa, consistente en la autorización judicial de la venta, pues el vendedor era menor de edad. La autorización fue concedida y, lógicamente, el vendedor se dirigió al notario para que le fuera entregado el precio, aunque inútilmente porque el notario se había apropiado la suma y no podía hacer frente a su pago. La doctrina inmediatamente su cuestionó quién debía soportar la pérdida, si el comprador o el vendedor.

La sentencia de la Corte de Casación, tratándose de una obligación con condición suspensiva, aplicó el artículo 1163 del *Codice Civile*<sup>61</sup> y asimiló la imposibilidad de entrega del notario a la pérdida total de la cosa sin culpa del deudor. Evidentemente la Corte de Casación atribuyó relevancia determinante a la inexistencia de la suma de dinero entregada por el comprador (objeto de apropiación por el notario) en el momento de cumplirse la condición suspensiva, juzgando “*absurdo sostener que este precio, que el vendedor no podía materialmente alcanzar hasta el cumplimiento de la condición, debía considerarse ya en su patrimonio desde el día de la estipulación*”<sup>62</sup>.

Consecuentemente, en el caso concreto, el comprador no conservaba ningún derecho sobre el inmueble, pero no podía ser obligado a un segundo

---

<sup>61</sup>Disponía el artículo 1163 del Código anterior:

*Quando l'obbligazione è contratta sotto condizione sospensiva, e, prima che questa si verifichi, la cosa che ne forma l'oggetto perisce o deteriora, si osservano le seguenti regole: Se la cosa è interamente perita senza colpa del debitore, l'obbligazione si ha come non contratta. Se la cosa è interamente perita per colpa del debitore, questi è tenuto al risarcimento dei danni verso il creditore.*

*Se la cosa è deteriorata senza colpa del debitore, il creditore deve riceverla nello stato in cui si trova, senza diminuzione del prezzo. Se la cosa è deteriorata per colpa del debitore, il creditore ha il diritto di sciogliere l'obbligazione o di esigere la cosa nello stato in cui si trova, oltre il risarcimento dei danni.*

<sup>62</sup>Lo transcribe GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*. Università degli Studi di Parma. Annali della Facoltà di economia, editor. Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, cit., págs. 136-137.

pago. Rápidamente se sucedieron los comentarios y críticas de ilustres autores italianos hacia este pronunciamiento judicial, que se refieren a continuación.

### 1.3.1.2.- La crítica de NICOLÒ

NICOLÒ criticó esta sentencia en una nota publicada con el extracto de la sentencia misma, estimando equivocado el razonamiento del Tribunal<sup>63</sup>. Puntualizó que no se puede hablar de pérdida de la cosa cuando el objeto de la obligación es una suma de dinero no individualizada, pero más allá de esta certera observación, el autor puso sobre todo de manifiesto cómo la figura ocupa un espacio intermedio “*ente la genuina especie del depósito regular y la del secuestro, convencional o judicial*” poseyendo “*de la primera... los caracteres jurídicos fundamentales*” y “*de la segunda la función práctica más llamativa (conservación de la cosa en el interés del futuro titular)*”. Situó la característica del depósito en función de garantía en la vinculación entre el negocio de depósito y otro negocio fundamental<sup>64</sup>, del cual normalmente el depósito constituye, al menos en apariencia, una simple cláusula o una modalidad de ejecución añadida, apreciable únicamente en el plano funcional.

Sugirió así que existe un contrato de depósito en el que el sujeto activo de la restitución es incierto y depende de la titularidad de otra posición en un negocio fundamental y distinto, aunque unido o vinculado (*collegato*) con dicho contrato de depósito. El depositante, una vez efectuado el depósito en manos del depositario, no adquiere automáticamente el derecho de recuperar la cosa, como sería natural en un contrato de depósito, sino que adquirirá tal derecho conforme a lo pactado en el negocio fundamental, y según se verifique o no la condición suspensiva.

En el concreto caso examinado por la sentencia, la obligación del depositario se construye como una obligación con un sujeto activo

---

<sup>63</sup> NICOLÒ, R. “Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario”, *Foro italiano*, 1937, I.

<sup>64</sup> El término italiano para expresar esta unión funcional entre los dos negocios es “*collegamento*” negocial. La doctrina española admite esta categoría y utiliza la expresión “negocios coligados”. Se caracteriza por la unión entre dos o más negocios principales y autónomos vinculados funcionalmente o por la voluntad de las partes. LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros. *Elementos de derecho civil I. Volumen III. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*. Madrid, DYKINSON, 2005, pág. 234. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A. *Sistema de Derecho Civil Vol. I*, cit., pág. 488.

alternativamente determinado, puesto que deberá entregar la cosa bien al vendedor, en caso de que se verifique la condición suspensiva, bien al propio comprador, si la condición no llega a cumplirse. En caso de verificarse la condición, si el depositario cumple su obligación de entregar el dinero al vendedor, este realiza directamente su pretensión frente al depositario, e indirectamente realiza su pretensión primaria o fundamental frente al comprador. El comprador, así, queda liberado de su obligación frente al vendedor *ex compraventa* a través de la entrega del dinero por el depositario. Si el depositario, por el contrario, incumple su obligación de entregar el dinero al vendedor, según esta teoría, este puede dirigirse tanto contra el depositario, su deudor *ex depósito*, como frente al comprador, su deudor *ex compraventa*, pudiendo reclamar un nuevo pago del precio al comprador, quien soporta, por tanto, el riesgo del incumplimiento del depositario.

El propio autor indica que su solución coincide con la de la sentencia, aunque no así en los razonamientos. No obstante, la coincidencia se limita a que la pérdida la asuma el comprador, puesto que la sentencia de la Corte de Casación consideró no contraída la compraventa, por lo que el comprador perdió el precio pero el vendedor no podía reclamarle nada, ante la inexistente obligación, mientras que en la tesis de NICOLÒ el vendedor podía exigirle un segundo pago al comprador<sup>65</sup>.

A pesar de las inmediatas críticas que suscitó la tesis de NICOLÒ, se reconoce que su construcción aportó dos ideas importantes: por un lado la orientación dada a la figura, como contrato de depósito con sujeto activo alternativamente determinado, y por otro, la existencia de un negocio coligado entre el depósito y otro contrato<sup>66</sup>.

### 1.3.1.3.- La construcción de BIGIAMI

Inmediatamente después del comentario de NICOLÒ, BIGIAMI publicó un artículo en el que rechazó tanto la solución dada por la Corte de Casación

---

<sup>65</sup> Así lo puso de relieve BIGIAMI, W. “Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario”, *Foro Italiano*, 1938, pág. 262.

<sup>66</sup> De acuerdo con GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 141.

como la ofrecida por NICOLÒ, si bien elogiando la construcción de la figura hecha por este último<sup>67</sup>.

En efecto, compartiendo la construcción de NICOLÒ, BIGIAMI entiende que en el supuesto enjuiciado el titular del crédito a la restitución del dinero depositado es alternativamente determinable según el sujeto de otro negocio jurídico, en el caso, una compraventa, distinto del depósito pero con el que está económicamente unido. Se trata pues de un depósito en el que el crédito a la restitución es alternativamente determinable en un sentido u otro según se cumpla o no la condición suspensiva añadida a la compraventa. Si la condición suspensiva se cumple, el crédito a la restitución recae en el vendedor y el depositario ha de entregarle el dinero.

Pero a pesar de compartir la construcción sobre la figura propuesta por NICOLÒ, BIGIAMI entiende que aquel incurre en el error de hacer depender la liberación del comprador de la realización del derecho del vendedor, cuando esta circunstancia no está en manos del propio comprador sino del depositario. Razona BIGIAMI que, si existe un depósito en el cual el titular del crédito a la restitución es indeterminado pero determinable, cumplida la condición, el titular del crédito a la restitución es el vendedor, lo que, por sí solo, basta para liberar al comprador. Es más, en su opinión, desde que el comprador entrega el dinero al notario, este ha cumplido su obligación y el vendedor pierde irremediamente la posibilidad de ir contra el comprador. Si el vendedor no consigue cobrar del notario el dinero depositado, deberá soportar el daño y a pesar de esto, entregar el inmueble al comprador<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> BIGIAMI, W. “Deposito in funzione di garanzia...” cit., págs. 260-264.

<sup>68</sup> Para reforzar esta solución, Bigiavi acude, por un lado, al principio de equidad. Argumenta que resulta injusto gravar siempre al comprador con el riesgo de abuso del notario, puesto que este ha sido designado de común acuerdo por las dos partes. Además de injusta, estima que la solución de NICOLÒ es inconsistente puesto que, según este autor, solo el vendedor puede ir contra el depositario, mientras que el comprador, que debe proceder a un segundo pago, no tiene la posibilidad de emprender acciones contra el notario. Por otro lado, Bigiavi confronta el depósito en garantía y el secuestro convencional, con el que comparte la función de garantía. En caso de que el secuestrario vendiera la cosa litigiosa y desapareciera también el dinero obtenido de la venta, el daño lo soportaría el que fuese declarado judicialmente propietario de la cosa litigiosa. Pues bien, de forma análoga, en el depósito con finalidad de garantía, debería soportar el riesgo el que resulte titular del crédito a la restitución por el cumplimiento o no de la condición suspensiva. En el caso concreto enjuiciado por la Corte de Casación, concluye el autor, este sujeto es el vendedor.

ASCOLI coincide básicamente con esta línea defendida por BIGIAMI, aunque subraya que la figura no constituye un depósito sino un secuestro convencional<sup>69</sup>. Estima lógico que el riesgo de infidelidad o abuso sea asumido necesariamente por aquel que espera la suma. Con la entrega del precio al secuestratario se realiza, en definitiva, un pago a persona autorizada por el acreedor y se produce la extinción de la obligación del comprador con base en la compraventa, conclusión que se extrae de la tesis de BIGIAMI, quien, sin embargo, no llegó a afirmarlo tan abiertamente.

#### 1.3.1.4.- La tesis de SANTORO-PASSARELLI

SANTORO-PASSARELLI, en un posterior comentario de la tan mencionada sentencia de la Corte de Casación de 1937, juzga la decisión del Tribunal totalmente equivocada y se muestra en desacuerdo con la opinión de NICOLÒ<sup>70</sup>.

En particular, entiende que el contrato de depósito, en el caso, desarrolla una función de garantía, pero únicamente desde el plano psicológico, y no desde el plano de su calificación, en términos de justificar el intento de las partes de sustituir al deudor originario por un deudor más seguro (lo que en el caso concreto evidentemente no se consiguió).

Enjuicia inexacta la tesis de NICOLÒ de acumular en la persona del vendedor los dos créditos, el de recibir el precio derivado de la compraventa y el de obtener la restitución de lo depositado. No es la voluntad de las partes que el depositario entregue la suma al vendedor cuando este lo requiera como sucedería en un depósito ordinario, sino que pretenden que el depositario conserve el dinero y lo entregue al vendedor o al comprador según se cumpla o no la condición. Además, la tesis de NICOLÒ conduciría a tener que admitir la facultad del vendedor de pretender directamente del comprador un segundo pago de la suma correspondiente al precio, aunque el depositario no se haya

---

<sup>69</sup>“Effetti dell’appropriazione del prezzo depositato da parte del depositario nella vendita”, Note di giurisprudencia, *Riv. Dir. Civ.* 1938, I, 298. Reproducido por GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., págs. 148-150.

<sup>70</sup>Publicado en *Foro Della Lombardia*, 1938 y posteriormente, con algunos añadidos, en “Deposito in luogo di adempimento”, en *Saggi di diritto civile I*, Napoli, Dot. Eugenio Jovene, 1961, págs. 281- 286. Seguimos esta última publicación.

apropiado de la suma y sea solvente, y a que el riesgo del depósito lo asumiera en todos los casos el comprador, y no solo cuando resulte titular del derecho a la restitución.

Por otro lado, no puede considerarse que la entrega del dinero por el comprador al depositario constituya cumplimiento de la obligación de este frente al vendedor, como lo demuestra el propio expediente del depósito. Según este autor esta figura supone otro modo de liberación. Es discutible cómo se produce, si mediante una novación o mediante un subrogado del cumplimiento, aunque SANTORO-PASSARELLI opta por la segunda como la más adecuada a la voluntad de las partes, si bien no profundiza en estas opciones<sup>71</sup>.

### 1.3.1.5.- La lectura en clave fiduciaria de GRASSETTI

Las posturas sobre el depósito con finalidad de garantía examinadas hasta ahora descansan sobre el esquema del contrato de depósito, que resulta vinculado funcionalmente con otro contrato (en el caso resuelto, una compraventa) y con matices más o menos próximos al secuestro. Donde ya no existe acuerdo es sobre si el depósito del precio en manos del tercero tiene carácter liberatorio para el comprador-depositante en relación a la compraventa ni, por tanto, sobre qué sujeto ha de soportar el riesgo de incumplimiento del depositario. Sin embargo, ya en 1941 GRASSETTI rechazó que el depósito en garantía fuese un verdadero depósito y propuso una reconstrucción de la figura en clave fiduciaria<sup>72</sup>.

En efecto, para este autor, un depósito con función de garantía no constituye un depósito. En el contrato de depósito la finalidad es de custodia, y esta resulta incompatible con la finalidad de cumplimiento y con la de garantía<sup>73</sup>. Además, afirma que la figura del depósito con finalidad de garantía supone una doble alteración del esquema normal del depósito voluntario. En

---

<sup>71</sup>Grisi descarta esta posibilidad por considerarla forzada y no suficientemente argumentada. GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., págs. 146-147.

<sup>72</sup>GRASSETTI, C. “Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario”, *Rivista di Diritto Civile*, marzo-abril 1941, pág. 97 y sig.

<sup>73</sup>Coherentemente con esta postura, Grasseti rechaza la construcción del negocio indirecto, en la que, como se verá, un negocio puede tener una finalidad principal y además otra finalidad ulterior compatible con aquélla. GRASSETTI, C. “Deposito a scopo di garanzia...” cit., pág. 107.

primer lugar, intervienen tres partes en lugar de dos<sup>74</sup>; en segundo lugar, se vulnera lo dispuesto en el artículo 1860 del *Codice Civile*, que dispone la devolución de la cosa depositada a requerimiento del depositante, lo que constituye un elemento esencial del contrato de depósito del que no es posible prescindir. Si subsistiera esta facultad del depositante, la función de garantía resultaría debilitada, por no decir anulada, al tener que restituir el depositario la cosa al depositante-deudor en el momento en el que este la solicitara.

Descarta asimismo que pueda asimilarse la figura del depósito con finalidad de garantía con el secuestro porque, aunque en este intervienen tres sujetos, presupone una controversia, terminada la cual el secuestrario deberá restituir la cosa a aquel de los litigantes al que pertenezca (art. 1870 CC), litigio o controversia que no existe en la figura analizada. Además, el secuestro mantiene la finalidad de custodia y según este autor carece de finalidad de garantía.

Rechazada su calificación como depósito o secuestro, para GRASSETTI la figura del depósito con finalidad de garantía encierra un negocio fiduciario. Sostiene el autor que existen dos negocios coligados: una compraventa bajo condición suspensiva y una transferencia de la propiedad fiduciaria<sup>75</sup>. El comprador cumple su obligación *ex* compraventa transmitiéndole el precio al

---

<sup>74</sup> Justifica que aunque el Código Civil italiano de 1865 ofrece algunos casos en los que hay más de dos sujetos en el contrato de depósito, en todos ellos el contrato se instaura entre depositante y depositario y no cambia la naturaleza misma del depósito, ni se elimina el derecho exclusivo del depositante (o de la persona indicada para recibir) a la restitución. Los casos que cita son los siguientes: la posición de depositante puede ser ocupada por varias personas, pero representadas siempre por una parte en sentido técnico; el art. 1853 CC prevé que se pueda establecer en el contrato un tercero autorizado a recibir, pero se trata de una persona extraña al contrato de depósito, de un *adiectus solutionis causa*, no de una parte, tratándose de una aplicación del principio más general del art. 1241 CC; incluso se podría configurar un depósito a favor de un tercero, pero se trata en realidad de un depósito normal bilateral, con un pacto de disposición de la *res deposita* a favor de un tercero.

<sup>75</sup> “El notario, acreedor fiduciario, deviene dueño del precio. Pero asume la obligación de transferir (restituir) la suma recibida o al comprador (fiduciante) o al vendedor (tercero) según que la condición suspensiva puesta en la compraventa se cumpla o no. Mientras está pendiente la condición puesta en la compraventa, el notario-fiduciario es dueño. Y tiene obligación de restituir lo mismo alternativamente al fiduciante (comprador) o al tercero (vendedor). Naturalmente todo depende de que se verifique la condición, y como se trata de una condición causal, es perfectamente legítimo que el beneficiario del negocio fiduciario sea alternativo”. GRASSETTI, C. “Deposito a scopo di garanzia...” cit., pág. 107.

fiduciario, realizándose así una garantía a favor del vendedor, quien se fía mucho más del fiduciario que del comprador. El notario adquiere la titularidad del precio consignado temporalmente, según lo querido por ambas partes, comprador y vendedor, y, si pendiente la condición viola la obligación que le incumbe y no puede entregar el dinero, el riesgo lo soportará aquel que resulte titular según se verifique o no la condición impuesta en el negocio principal de compraventa.

No desconoce el autor el problema que supone la construcción en clave de negocio fiduciario, y la transmisión *pro tempore* de la propiedad de la cosa al fiduciario, por la dificultad de admisión de la categoría misma del negocio fiduciario en el Derecho italiano. Admite que la solución que propone no es perfecta, pero sí alcanza un resultado más equitativo que el de la sentencia de la Corte Suprema, y desde luego en su opinión es mucho más acorde con la intención de las partes<sup>76</sup>.

### **1.3.2.- El depósito a scopo di garanzia en el Codice Civile de 1942 y su recepción en el Fuero Nuevo**

#### **1.3.2.1.- El depósito con finalidad de garantía en el artículo 1773 del Codice Civile**

El *Codice Civile* de 1942 no fue ajeno a esta discusión doctrinal e introdujo una disposición, en sede de depósito, que pretendió recoger explícitamente la tan polémica figura del depósito con finalidad de garantía, según se desprende de la *Relazione al Codice Civile*<sup>77</sup>. La norma fue redactada de la manera siguiente:

*1773. Terzo interessato nel deposito*

*Se la cosa è stata depositata anche nell'interesse di un terzo e questi ha comunicato al depositante e al depositario la sua adesione, il depositario non può liberarsi restituendo la cosa al depositante senza il consenso del terzo.*

---

<sup>76</sup> *Ibidem*, pág. 110.

<sup>77</sup> LUIPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito a favore o nell'interesse di un terzo”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. 1970, nº 11-12, pág. 441.



Las construcciones doctrinales anteriores a esta nueva disposición y el objetivo declarado de la *Relazione* de regular el depósito con finalidad de garantía influyeron sin duda en la interpretación de este artículo en los años siguientes a la aprobación del Código. En efecto, importantes autores como MAJELLO, FUNAIOLI o NICOLÒ<sup>78</sup> sostuvieron que la figura del artículo 1773 se identificaba con el supuesto resuelto por la Corte de Casación en 1937, en el que veían una variante del contrato a favor de tercero. En palabras de MAJELLO: “*En la hipótesis (la del artículo 1773 del Codice Civile) contemplada por la Relazione, se puede declarar que hay depósito en interés de tercero cuando el depositante efectúa un depósito con la intención de que el depositario entregue la cosa a un tercero, si se verifica un determinado evento futuro o incierto, o que restituya la cosa al depositante, si aquel evento no se verifica*”. Supuestamente se disciplinaba así en este artículo el depósito con sujeto activo alternativamente determinado coligado con otro contrato, tal y como se había sostenido antes de la aprobación del Código de 1942 por el propio NICOLÒ o por BIGIAMI, entre otros.

En este contexto temporal se ha de situar la introducción de la ley 552 del Fuero Nuevo, bajo el ladillo “depósito en interés de tercero”<sup>79</sup> cuyo primer inciso, al igual que el artículo 1193 del Código Civil portugués<sup>80</sup>, tienen una redacción prácticamente idéntica al artículo 1773 del Código italiano. Sin embargo, el segundo inciso de la ley 552 añade que se estará “*a lo establecido*

---

<sup>78</sup> Respectivamente: MAJELLO, U. “Il deposito nell’interesse del terzo”, *Banca, Borsa, Titolo di crédito*, Anno XXIV (1961), Parte Prima, pág. 325. FUNAIOLI, C. A. “Depósito, sequestro convenzionale, cessione dei beni ai creditori” en *Trattato di Diritto Civile, diretto da Giuseppe Grosso e Francisco Santoro-Passarelli*, Vol. V, fasc. VI, Milano, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1961, pág. 41. NICOLÒ, R. “Deposito e contratto a favore di terzo”, *Rivista Diritto Commerciale*, V. XXXVII, (1939), Parte Seconda, págs. 456-458 (no obstante, este último bajo la vigencia del anterior Código Civil).

<sup>79</sup> *Ley 552 Depósito en interés de tercero*

*En el depósito hecho en interés de tercero que ha notificado al depositante y al depositario su aceptación, el depositario no podrá devolver la cosa al depositante sin el consentimiento del tercero interesado. En este contrato se estará a lo establecido para la estipulación a favor de tercero en la Ley 523.*

<sup>80</sup> *Artigo 1193º (Terceiro interessado no depósito)*

*Se a coisa foi depositada também no interesse de terceiro e este comunicou ao depositário a sua adesão, o depositário não pode exonerar-se restituindo a coisa ao depositante sem consentimento do terceiro.*

para la estipulación a favor de tercero en la ley 523”. Es decir, la norma navarra además de reproducir casi literalmente el texto del artículo 1773 del Código italiano, incorporó también la interpretación doctrinal imperante en aquel país en el momento de redacción de la Recopilación Privada, de que el depósito en interés de tercero constituía una modalidad de contrato a favor de tercero. Es evidente que los redactores del Fuero Nuevo quisieron incorporar el supuesto de hecho resuelto por la Corte de Casación en 1937, mediante la previsión del depósito en interés de tercero en la ley 552 de la Compilación, en sede de depósito y como una modalidad del mismo, a imagen y semejanza de su modelo italiano.

Sin embargo, la identificación del depósito en interés de tercero con el contrato a favor de tercero y la creencia de que esta variante de depósito subsumía el supuesto de la Sentencia *Cavallini c. Galassi* fueron desmentidas por LUPOI en un trabajo publicado en 1970<sup>81</sup>, momento en el que habían

---

<sup>81</sup> LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...”, citado anteriormente. Antes que él, Dalmartello y Portale sí habían tratado la figura del depósito en interés de tercero (art. 1773 *Codice Civile*) y el depósito trilateral como supuestos diferenciados, pero considerando ambos como contratos a favor de tercero. DALMARTELLO, A., PORTALE, G.B. “Deposito”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1964, págs. 267-269.

El primer mérito de Lupoi es poner de manifiesto que los diferentes supuestos en los que se produce la entrega de dinero o cosas fungibles a un tercero dentro del marco de otro contrato o relación entre las partes (no siempre con una auténtica finalidad de garantía), no se pueden reconducir a un único supuesto de depósito en garantía o a una única figura. No desempeñan función de garantía, a pesar de la existencia de un tercero, aquellos supuestos en los que se produce la cesión del contrato de depósito, o la cesión del crédito a la restitución derivado del depósito. Tampoco cuando se pacta que el depositario entregue la cosa a un tercero, sin condición o término. Entre las modalidades de depósito que sí cumplen una función de garantía señala el depósito en interés de tercero y el depósito a favor de tercero sujeto a condición o término. Esto es, el artículo 1773 del *Codice Civile* no contiene la única forma posible de depósito con finalidad de garantía, ni siquiera la única construcción posible como modalidad de contrato de depósito. El depósito en interés de tercero será examinado a continuación. En cuanto al depósito a favor de tercero, se trata de una figura atípica en el *Codice Civile*, que se configura mediante la vinculación de un negocio principal sujeto a condición con un contrato de depósito en el que el deudor de la obligación principal deposita la cosa debida a manos de un tercero, quien deberá entregarla alternativamente al tercero-acreedor si se cumple la condición o restituírsela al depositante-deudor en caso contrario. A esta modalidad de depósito le resultan de aplicación, según esta tesis, las normas del contrato a favor de tercero. Más ampliamente, Capítulo III, epígrafe 3.3.3. Esta figura encuentra encaje, si se cumplen ciertos requisitos, en la ley 548.1.a) del Fuero Nuevo.

Además de las construcciones en clave de depósito, Lupoi juzga muy interesante la comparación entre la figura en discusión y el *trust*, aceptada por Grassetti, y que constituye una de las hipótesis más modernas sobre el depósito con finalidad de garantía. LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...” cit., págs. 441-466.

concluido prácticamente los trabajos de redacción de la Recopilación Privada y que por ello no fue tenido en cuenta por sus autores.

Para resolver definitivamente el equívoco entre el depósito en interés de tercero, el depósito a favor de tercero y el depósito en garantía de la ley 474 del Fuero Nuevo, es preciso ocuparse del depósito en interés de tercero primero en el ordenamiento italiano y posteriormente en el ordenamiento navarro.

### **a) Configuración del depósito en interés de tercero (art. 1773 *Codice Civile*)**

Se ha criticado al legislador italiano que recogiera la figura del depósito en interés de tercero, estableciendo la compatibilidad entre un verdadero contrato de depósito y la función de garantía, y sin embargo no añadiera nada en cuanto a la naturaleza jurídica y disciplina de la figura<sup>82</sup>. Ha de partirse pues del cuidadoso examen del significado del artículo 1773 del *Codice Civile*.

Es fundamental aclarar en primer lugar a qué se refiere la norma con la noción de “interés de tercero”<sup>83</sup>. Hay que apartar preliminarmente de este concepto los casos en que el depósito se haga por cuenta de un tercero, por ejemplo en virtud de un mandato, en cuyo caso no sería necesaria la comunicación de la adhesión del tercero dirigida al depositante y al depositario. Además, el tercero en este caso adquiriría, no un poder de evitar la restitución al deponente, sino un derecho propio a la restitución.

No es necesario tampoco que sobre la cosa depositada tenga el tercero ningún derecho preexistente, sino que es suficiente con que exista un interés, fáctico, en que la cosa se deposite y permanezca en manos del depositario. Así sucede, por ejemplo, en el caso de un codeudor solidario que deposita la íntegra suma debida en manos de un depositario imparcial, tras incurrir el acreedor en mora. El otro codeudor solidario tiene un interés evidente en que el depósito permanezca hasta que el acreedor acepte la suma, porque así conseguirá también su propia liberación.

---

<sup>82</sup> DALMARTELLO, A., PORTALE, G.B. “Deposito”, cit., pág. 267.

No obstante, en el Capítulo III, 3.3.1 se examinará si el depósito en interés de tercero se mantiene dentro de los límites para considerarlo una modalidad de depósito.

<sup>83</sup> Seguimos a MAJELLO, U. “Il deposito nell’interesse del terzo...” cit., págs. 313-315.

La siguiente cuestión, de capital importancia, es la del derecho exactamente atribuido al tercero. En el contrato en interés de tercero no le corresponde al tercero el derecho de obtener la entrega de la cosa depositada ni de pretender la custodia del depositario. El derecho que se le atribuye al tercero es, exclusivamente, el de impedir la restitución de lo entregado al depositante<sup>84</sup>. Para que este poder de negar la restitución al depositante no sea arbitrario o ilimitado en el tiempo está condicionado a la producción de cierto hecho, ordinariamente un evento que supondrá la inexistencia o la extinción de la deuda<sup>85</sup>.

Así configurado el depósito en interés de tercero, se ha sostenido que la función de garantía se consigue mediante la seguridad del tercero de que, hasta el cumplimiento de la condición, el depositante no podrá obtener la restitución del bien depositado, que seguirá en manos del depositario<sup>86</sup>. El depositante estará sujeto a una presión psicológica consistente en que no podrá recuperar la cosa sin consentimiento del tercero, produciéndose una coerción similar a la que se produce en el derecho de retención<sup>87</sup>. Además,

---

<sup>84</sup> LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...” cit., págs. 457-548. LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo e depositi irregolare a scopo di garanzia”, *Giurisprudenza Commerciale*, Anno VIII (1981), págs. 430-431.

<sup>85</sup> LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo...” cit., págs. 430-431.

Como ejemplos gráficos de depósito en interés de tercero señala Lupoi, entre otros, los siguientes: en las sentencias De Angelis cr. INA-Casa (Trib. Roma, 14 febrero 1962) e Galanti cr. Guzella (Cass. 27 julio 1964) el vendedor de un inmueble había depositado en manos del notario otorgante una suma de dinero, reservándose el derecho de retirarla cuando hubiese dado la prueba de que el inmueble estuviera libre de las cargas que, aparentemente, lo gravaban; en el caso Comuni de Rimini cr. Langione e Zaccarelli (App. Ancona, 18 abril 1962) un contribuyente, en garantía del pago de cierta partida de impuestos, que él afirmaba que no tenía que pagar, consignó el pago con el pacto de que podría recuperar la suma solo después de haber ganado la controversia frente al ente impositor. LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...” cit., págs. 457-458.

<sup>86</sup> LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...” cit., págs. 457-458.

<sup>87</sup> Luminoso afirma por ello que se puede hablar de función de garantía si no en sentido técnico, puesto que no comporta ningún derecho de prelación o poder que permita la satisfacción al acreedor, sí bastante específico. LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo e depositi irregolare...” cit., págs. 431-432. Como el propio autor admite, no existe función de garantía en sentido estricto sino un medio de coerción al cumplimiento.

Grisi puntualiza que para que se produzca esta coerción indirecta al cumplimiento, la cosa depositada debe consistir en dinero o bienes fungibles, de forma que el depositante-deudor puede cumplir con la obligación principal, ya consista esta en una prestación específica o en la entrega

una vez cumplida la condición, el tercero encontrará mayores posibilidades de cobro al dirigirse contra el patrimonio del deudor, ya que este conserva la propiedad de la cosa depositada en manos del depositario<sup>88</sup>. LUPOI compara el depósito en interés de tercero con el supuesto de la prenda en manos de tercero, pues entregando la cosa a una persona distinta del acreedor pignoraticio el deudor asegura al acreedor que podrá cobrarse con la cosa dada en prenda<sup>89</sup>. Obviamente el acreedor pignoraticio ostenta un derecho de prelación del que carece el acreedor en el depósito en interés de tercero, pero coincide con LUMINOSO en que este obtiene una tutela mejor que la que le ofrece la responsabilidad patrimonial del deudor.

Para que el depósito en interés de tercero pueda cumplir su función de coerción indirecta es necesario que el depositante atribuya al tercero semejante derecho de impedir la restitución, pactándose expresamente entre depositante y depositario<sup>90</sup>. De otra manera el tercero no puede, sobre la base de un interés de hecho propio, impedir la restitución al depositante<sup>91</sup>. Se trata de una autolimitación que este conviene con el depositario, en aras a conseguir el aseguramiento del tercero<sup>92</sup>.

---

de dinero o bienes fungibles, y al mismo tiempo conserva el interés en recuperar la suma u objetos depositados. Sostiene que si se deposita la cosa objeto de la obligación principal y se trata de una cosa específica, el tercero-acreedor tendrá interés en que el objeto sea custodiado por un sujeto diferente al deudor, pero entonces dicho deudor únicamente podrá cumplir su obligación principal frente al tercero-acreedor si este presta su consentimiento para que le sea restituida la cosa, en cuyo caso el tercero-acreedor no tiene ninguna seguridad de que se vaya a destinar al cumplimiento de la obligación principal. GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., págs. 307-318. El hecho de que el objeto depositado sea distinto al objeto de la prestación eventualmente debida por el depositante ya se consideraba un elemento propio del depósito en interés de tercero por Lupoi, además de ser uno de los elementos que diferencian el depósito en interés de tercero y el depósito a favor de tercero. LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...” cit., págs. 458-460.

<sup>88</sup> LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo e depositi irregolare...” cit., pág. 431.

<sup>89</sup> LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...” cit., pág. 459.

<sup>90</sup> MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*. Coimbra, Almedina, 2007, págs. 73-74.

<sup>91</sup> MAJELLO, U. “Il deposito nell’interesse del terzo...” cit., pág. 316.

<sup>92</sup> LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo e depositi irregolare...” cit., pág. 431.

## b) Recepción del depósito en interés de tercero en el Fuero Nuevo (ley 552 FN)

Resulta innegable la influencia italiana, ante la identidad entre el primer inciso de la ley 552 del Fuero Nuevo y el artículo 1773 del *Codice Civile*<sup>93</sup>. Ahora bien, la lectura de la segunda frase de la ley, al remitirse “a lo establecido para la estipulación a favor de tercero en la ley 523” introduce un elemento ciertamente perturbador en la aplicación de la misma. Es preciso analizar brevemente lo dispuesto por la ley 523 del Fuero Nuevo para comprender el alcance de la remisión<sup>94</sup>.

Por “estipulación” se entiende el convenio entre dos partes del cual derivan obligaciones para una sola de ellas, el promitente<sup>95</sup>. La ley 523 del

---

<sup>93</sup> A pesar de ello las notas a la Recopilación Privada sitúan el origen del depósito en interés de tercero (ley 568 de la Recopilación Privada) en un precedente romano. Salinas en su comentario a esta ley reitera la procedencia romana de esta modalidad de depósito y transcribe el contenido de la ley 8, Título XLII, Libro III del Código de Justiniano: “*Si la persona que has nombrado en la demanda dió en comodato o en depósito cosas tuyas, puedes promover la acción para que te sean exhibidas o la vindicación contra el detentor de las mismas. Pero si pactó que debían restituírsete y tú has sucedido al depositario, puedes por derecho hereditario intentar la acción de depósito. Pero si la herencia no te compete, no puedes, ni por derecho civil ni por derecho honorario, ni tampoco por estricto derecho, como bien lo conoces, usar de acción alguna en fuerza del pacto hecho por aquél contra quien pusiste la demanda; no obstante, por equidad se te concederá la acción útil de depósito*”. SALINAS QUIJADA, F. *Derecho Civil de Navarra. Tomo IV. Derecho de obligaciones y contratos. Volumen 2, De los contratos en particular*, Pamplona, Gómez ed., 1973, pág. 367.

<sup>94</sup> Dispone la ley 523: *Estipulación a favor de tercero.*

*Es válida la estipulación a favor de tercero siempre que este sea heredero del estipulante, o a favor del pignorante para que pueda rescatar el objeto pignorado y luego vendido. También es válida cuando se haga para gravar a un donatario o para constituir un crédito de restitución de dote o de cosa comodada o depositada, y en todo caso en que pueda apreciarse un interés razonable del tercero.*

*El cumplimiento de tal obligación puede ser exigido no solo por el estipulante, sino también por la persona a cuyo favor se constituye la obligación, sin que sea necesaria, por parte de esta, la previa aceptación; sin embargo, antes de que la aceptación sea notificada al estipulante, podrá este revocar la estipulación, a no ser que se haya hecho en cumplimiento de una obligación previamente contraída por el estipulante frente al tercero favorecido por la estipulación.*

*En caso de ser varios los estipulantes, se entenderá salvo pacto en contrario, que la estipulación fue hecha por cada uno de ellos en cumplimiento de una obligación recíproca; en consecuencia, la revocación solo podrá hacerse por todos los estipulantes conjuntamente; muerto uno de ellos, la estipulación será irrevocable para los sobrevivientes.*

<sup>95</sup> Al tratar la categoría de la estipulación, Egusquiza señala que la ley 488.1 FN recoge, entre las fuentes de las obligaciones el “*convenio, donación, disposición mortis causa o sobre régimen de bienes en el matrimonio o por disposición de ley*”. No se mencionan los contratos, si bien la nota

Fuero Nuevo recoge el supuesto en el que el promitente queda obligado a realizar una determinada prestación frente a un tercero, ajeno al negocio mismo. No obstante, este negocio de cobertura puede ser en lugar de una estipulación un contrato de efectos bilaterales en el que el pacto a favor de tercero se inserta como parte de un contenido más complejo<sup>96</sup>. Se identifica, pues, con lo que el Código Civil denomina contrato a favor de tercero (art. 1257 CC). En cualquier caso, sea una estipulación o un contrato, el tercero ha de ser ajeno a las partes de esta relación de cobertura, lo que excluye que el tercero beneficiario esté vinculado al estipulante por una relación de carácter representativo y exige que presente un “interés razonable”<sup>97</sup>.

Como consecuencia de la estipulación a su favor, el beneficiario recibe un verdadero derecho de crédito frente al promitente, y por tanto puede exigir el cumplimiento de la obligación, al igual que el estipulante. El derecho del tercero-beneficiario surge incluso aunque no haya aceptado la

---

a la Recopilación Privada aclara que “*los convenios pueden ser, además de contratos, pactos y estipulaciones*”. Son pactos los acuerdos complementarios, mientras que las estipulaciones “*son convenios que producen una sola obligación, en tanto que los contratos son de efecto bilateral*”. De aquí se infiere que la estipulación se identifica con la figura de los contratos unilaterales, lo que no plantearía mayor problema de encaje con el régimen general del Código Civil. Sin embargo, la realidad de esta figura no se circunscribe a esta noción de contrato unilateral, como se comprueba en algunos de los supuestos que se incluyen como estipulación. Esta categoría, recuperada del Derecho romano, obedece a un concepto extraño a las categorías vigentes y la “innovación” introducida por el Fuero Nuevo no deja de ser perturbadora, en su opinión. EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. “El Derecho Patrimonial del Fuero Nuevo de Navarra”, en el vol. col. dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J., *Derechos Civiles de España*, Madrid, Aranzadi. 2000, Volumen 7, págs. 4198-4200. Arcos resalta que las estipulaciones, en tanto “convenios”, es decir, actos bilaterales, implican la intervención tanto del promitente como del estipulante, aunque deriven obligaciones para una sola de las partes. No obstante, la literalidad de la ley 515 del Fuero Nuevo plantea interrogantes, porque permite apuntar la posibilidad de que la estipulación no necesite del consentimiento del que va a resultar acreedor. ARCOS VIEIRA, M.L., “Comentario a las leyes 515-524,” en la obra colectiva dirigida por RUBIO TORRANO, E. *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, págs. 1778-1779. Comparte las dudas de Egusquiza sobre la categoría, que no aporta más que una “*notable dosis de confusión y complejidad*”, además de ser extraña a la práctica actual.

<sup>96</sup> ARCOS VIEIRA, M.L., “Comentario a las leyes 515-524”, cit., pág. 1800.

<sup>97</sup> *Ibidem*, pág. 1800.

El artículo 1773 del Código Civil italiano exige “interés” del tercero considerándose suficiente que el tercero presente un interés de hecho sobre la cosa depositada. Tampoco se comprenden en el depósito en interés de tercero las situaciones en que existe representación a favor del depositario otorgada por el tercero-acreedor.



estipulación a su favor y el hecho de que exista notificación influye únicamente en la determinación del momento a partir del cual el estipulante ya no puede revocar la disposición<sup>98</sup>.

Con estas breves indicaciones, ha de retomarse el intento de comprensión de la ley 552 del Fuero Nuevo. La primera frase de la ley coincide con el contrato de depósito en interés de tercero del artículo 1773 del *Codice Civile*, mientras que la segunda se refiere a la modalidad de contrato a favor de tercero. Sin embargo, según las conclusiones extraídas del Derecho italiano, el contrato de depósito en interés de tercero no constituye una modalidad de depósito a favor de tercero, básicamente porque el tercero no adquiere el derecho a que le entreguen la cosa.

Esto explica las dificultades a la hora de establecer el supuesto de hecho de la ley 552 y sus efectos<sup>99</sup>. OZCÁRIZ plantea respecto a su primer inciso el interrogante acerca de si el tercero, que debe tener un interés en la cosa depositada, es acreedor del derecho a la restitución o simplemente tiene un poder de impedir la devolución al depositante, pues obviamente existe una gran diferencia entre una y otra situación<sup>100</sup>. Del tenor literal de la primera parte de la ley se deduce que el interés del tercero es la mera prohibición de que la cosa se devuelva al depositante sin su consentimiento. De acuerdo con la segunda parte de la ley, en cambio, no hay duda de que el tercero tiene un derecho de crédito a exigir la entrega de la cosa depositada. Esta segunda parte no sería, pues, una reiteración de la primera, aunque intuye el autor la disonancia entre ambas y en un intento de coordinación, afirma que también el depositante podrá exigir en cualquier momento la restitución de la cosa,

---

<sup>98</sup> *Ibidem*, págs. 1801-1802.

<sup>99</sup> HERAS refiriéndose a la ley 552 del Fuero Nuevo no establece claramente si se trata de un depósito a favor de tercero o en interés de tercero ya que en ella “*el depositario se encuentra legitimado para negarse a la entrega del objeto del contrato cuando se haya producido a tiempo la correspondiente notificación de la aceptación por parte del tercero depositario*”. HERAS FERNÁNDEZ, M.M. *Los sujetos en el contrato de depósito*. Barcelona, J.M. Bosch Editor S.L., 1997, pág. 17, nota nº 8. Hualde, al rechazar que la obligación principal del contrato de depósito sea la restitución de la cosa, señala que “*en ocasiones, el depósito se celebrará no por la mera necesidad de atribuir a otro la conservación sino como paso intermedio para atribuir la cosa a persona distinta al depositante, es decir, para destinarla a través del depositario a otro sujeto. Por ejemplo, en el depósito en interés de tercero (ley 552 FN) el depositante persigue la custodia, no la restitución, pues esta, la propia restitución, en tal hipótesis falta*”. HUALDE MANSO, M<sup>a</sup>. T., “La obligación de custodia en el depósito”, *RJN*, nº 12, 1991, págs. 72-73.

<sup>100</sup> OZCÁRIZ MARCO, F. “Comentario a las leyes 546-555”, cit., págs. 1878-1879.



pero esta solo producirá efectos liberatorios para el depositario si media el consentimiento del tercero.

La incoherencia entre los dos incisos de la ley 552 del Fuero Nuevo solo parece explicable en el contexto temporal de elaboración de la Recopilación Privada, entre 1960 y 1971, y del coetáneo estado doctrinal en torno a la figura del depósito en interés de tercero en Italia. La incorporación de la segunda frase a la ley 552 y la consiguiente remisión a la estipulación a favor de tercero se justifica en la propia confusión y equiparación por parte de la doctrina italiana de aquella época entre las figuras del contrato de depósito en interés de tercero y el contrato de depósito a favor de tercero.

En el caso italiano, a pesar de estas tesis iniciales, hoy superadas, nada obsta a la consideración del depósito en interés de tercero y del depósito a favor de tercero como figuras autónomas y distintas entre sí. El primero encuentra cobijo en el artículo 1773 del Código Civil, mientras que el segundo constituye una figura atípica como tal depósito, a la que se le aplican las normas generales sobre el contrato a favor de tercero (arts. 1411 a 1413 *Codice Civile*).

En Navarra, en cambio, la redacción de la ley 552 del Fuero Nuevo ha vinculado el depósito en interés de tercero y el depósito a favor de tercero, cristalizando una interpretación doctrinal que se ha demostrado errónea. Ante esta circunstancia, caben dos posturas:

- a) Entender que, a pesar de todo, depósito en interés de tercero y depósito a favor de tercero son dos figuras diferentes, comprendidas en la misma disposición. El tenor literal de la ley, no obstante, hace muy difícil sostener esta interpretación: la ley 552 expresamente dice que “*en este contrato*”, es decir, en el depósito en interés de tercero, se estará a lo establecido para la estipulación a favor de tercero en la ley 523 del Fuero Nuevo, por lo que no hay duda en cuanto a la remisión.

No tiene sentido tampoco intentar sostener que no se identifica depósito en interés de tercero con la estipulación a favor de tercero sino que únicamente se aplica su régimen (de la misma manera que al depósito irregular se le aplican las normas del mutuo, pero no se convierte en dicho contrato). En el depósito a favor de tercero, el

beneficiario de la estipulación se convierte en acreedor y puede exigir el cumplimiento al estipulante, lo que en el supuesto que se analiza implica que se convierte en acreedor del derecho a la restitución de la cosa depositada y por tanto, en que puede exigirla al depositario y al depositante-estipulante. Este efecto no es compatible con la figura del depósito en interés de tercero, en la que este goza de un derecho de impedir la restitución al depositante, pero nunca de un derecho a que le entreguen la cosa depositada.

Así pues, no cabe, a nuestro juicio, sostener que en la ley 552 encuentran cabida como figuras independientes el depósito en interés de tercero y el depósito a favor de tercero.

- b) La segunda opción es entender que la ley 552 del Fuero Nuevo regula el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado<sup>101</sup>, a pesar de que su denominación sea “depósito en interés de tercero”, en concordancia con la pretensión del legislador navarro de recoger en la citada ley 552 el supuesto de la sentencia de la Corte de Casación italiana de 1937. El problema en esta interpretación se sitúa en la primera parte de la ley. Si se afirma que existe un contrato a favor de sujeto alternativamente determinado, el sujeto legitimado para la restitución de la cosa será el depositante-deudor o el tercero- acreedor, según se verifique o no la condición impuesta en el negocio principal. ¿Cómo conjugar esto con el poder del tercero de impedir la restitución al depositante sin su consentimiento? Si el sujeto que ha de recibir la cosa depositada es el depositante, por no haberse cumplido la condición, no se justifica que se exija para ello el consentimiento del tercero.

Sin duda la redacción de la ley 552 del Fuero Nuevo se vio influida no solo por el artículo 1773 del Código italiano de 1942, sino también por la interpretación doctrinal del mismo imperante en aquel momento, que hoy se

---

<sup>101</sup> El depósito a favor de sujeto alternativamente determinado se ha calificado mayoritariamente como contrato a favor de tercero. Sin perjuicio del análisis de esta afirmación en el lugar correspondiente (Capítulo III, epígrafe 3.3.3), se deja apuntado que el depósito a favor de tercero está expresamente contemplado en la ley 523 del Fuero Nuevo, que admite la validez de la estipulación a favor de tercero cuando se haga para “*constituir un crédito de restitución... de cosa comodada o depositada*”, mientras que la ley 548.1.a) del Fuero Nuevo alberga el supuesto del depósito a favor de sujeto alternativamente determinado (cuando deudor y acreedor participen en la conclusión del depósito).

encuentra superada pero que en el Fuero Nuevo ha quedado consagrada en la redacción de la ley 552, y que hace la figura inoperante en la práctica.

Tras el análisis efectuado, se aprecia claramente la distancia entre el depósito en interés de tercero (ley 552 FN) y el depósito en garantía (ley 474 FN). Si se tiene en cuenta la configuración original del depósito en interés de tercero del artículo 1773 del *Codice Civile* italiano (y no la figura efectivamente resultante de la ley 552 FN), en este el tercero nunca es titular del derecho a la restitución de la cosa depositada, mientras que en el depósito en garantía el tercero-acreedor sí será titular del derecho a la restitución de la cosa, en caso de incumplimiento de la obligación principal por el deudor-depositante. Además de esta diferencia fundamental, en el depósito en interés de tercero la facultad de este de vetar la restitución está sujeta a una condición resolutoria, que será la constatación de la inexistencia o extinción de una obligación entre deudor-depositante y tercero-acreedor. En el depósito en garantía, en cambio, existe una obligación principal entre acreedor y deudor, y lo que determina a quién de los dos corresponde el derecho a la restitución es el cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal, que no puede considerarse como condición pues depende de la voluntad del deudor. Por último, en el depósito en interés de tercero se arbitra una forma de coerción al cumplimiento del deudor, que no podrá recuperar la cosa depositada a menos que demuestre la inexistencia o extinción de un negocio con el tercero, mientras que en el depósito en garantía no parece que sea esa la forma de garantizar al acreedor, pues este podrá apropiarse de las cosas dadas en garantía, imputándolas a la satisfacción de la obligación principal incumplida<sup>102</sup>.

Incluso si tuviéramos en cuenta, no la desafortunada redacción de la ley 552 de la Compilación, sino únicamente su pretensión de recoger el supuesto resuelto por la Corte de Casación italiana en el caso *Cavallini c. Galassi*, esto no hace sino reafirmar que el “depósito en interés de tercero” y el depósito en garantía constituyen figuras distintas, que el legislador quiso recoger en disposiciones independientes y en Capítulos diferentes, una en sede de depósito y la otra en sede de garantías reales. Tampoco hay que olvidar que la ley 474 del Fuero Nuevo admite que el depósito en garantía se

---

<sup>102</sup> En los Capítulos siguientes se profundizará sobre la garantía que confiere el depósito en garantía al acreedor, distinguiéndose según se entregue al acreedor o a un tercero.

constituya en manos del propio acreedor, lo cual no es compatible con el esquema del depósito en interés de tercero ni con el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado.

Conviene recordar el celo con el que los redactores de la Recopilación Privada separaron el depósito en garantía del contrato de depósito<sup>103</sup>, que ahora se une a la constatación del origen de la ley 552 del Fuero Nuevo para demostrar que el legislador navarro quiso regular de forma diferenciada el depósito en interés de tercero (más bien el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado) y el depósito en garantía (ley 474 FN).

### 1.3.2.2. - El depósito en función de garantía como negocio indirecto

Retomando las construcciones italianas sobre el depósito con finalidad de garantía que se sostuvieron ya bajo la vigencia del *Codice Civile* de 1942, ASCARELLI desarrolló en los años cincuenta una categoría, la del negocio indirecto, que puede ser aplicada al depósito en garantía<sup>104</sup>.

Observa ASCARELLI cómo una forma de satisfacer las nuevas exigencias de la práctica es adaptar los viejos institutos para que cumplan nuevas funciones. De esta forma se ofrece a los contratantes un marco jurídico ya conocido y seguro, por un lado, y se satisfacen estas nuevas exigencias, por otro. A través del negocio indirecto, afirma, las partes recurren a un negocio determinado, para alcanzar a través de él consciente y

---

<sup>103</sup> Ya tratado en el epígrafe 1.2.2.

<sup>104</sup> ASCARELLI, T. “Il negozio indiretto”, en *Studi in tema di contratti*, Milano, Dott. A. Giuffrè editores, 1952, págs. 3-77.

Entre los autores italianos en realidad es Grisi quien hace aplicación expresa de la categoría del negocio indirecto al depósito en garantía, al recoger el desarrollo histórico de la figura, y al tratar las construcciones actuales sobre la materia, expresando la inseguridad que genera la admisión de la propia noción de negocio indirecto. GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., págs. 156-157, 217-219 y 228. Ascarelli en el trabajo citado analiza diversos supuestos de lo que él entiende que constituyen negocios indirectos en el ámbito mercantil, especialmente del societario, y menciona varios ejemplos de Derecho Civil, pero no expresamente el depósito. Tampoco RUBINO, D. en *El negocio jurídico indirecto*, traducción de RODRÍGUEZ-ARIAS, L. Revista Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1953. Sí lo hizo De Carvalho, autor portugués coetáneo de Ascarelli que en su estudio sobre el negocio indirecto utiliza reiteradamente el depósito como ejemplo de negocio típico que puede desempeñar una función ulterior de garantía. DE CARVALHO, O. “Negócio jurídico indirecto”, *Boletim da Faculdade de Direito Da Universidade de Coimbra*, Suplemento X, 1952, págs. 3-4, 20, 64, 129.

consensualmente finalidades diversas de las típicas de la estructura del negocio. Aunque persiguen una finalidad ulterior, las partes quieren el negocio que pactan, y sujetarse a su disciplina, de forma que pretenden conseguir el objetivo típico del negocio, además de dicha finalidad ulterior o indirecta.

Así interpretado, el depósito con finalidad de garantía viene a sustanciarse, en el plano estructural, como un verdadero contrato de depósito y, por tanto, con finalidad de custodia, pero, al mismo tiempo, con una finalidad ulterior de garantía. La consecuencia de esta teoría es que al depósito en garantía le resulta aplicable la disciplina del contrato de depósito.

A favor de la configuración del depósito en garantía como contrato de depósito que busca un fin ulterior se ha manifestado LARA<sup>105</sup>. Entre los autores coetáneos a la publicación de la Recopilación Privada, SALINAS, uno de sus redactores, estableció respecto a la ley 474 del Fuero Nuevo: “*Se trata de un depósito de los llamados irregulares, pero con la expresa finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación*”<sup>106</sup>. Su afirmación puede servir para justificar que se trata de un depósito irregular con una finalidad adicional, de garantía, distinta de la típica de custodia, encuadrándose así como un negocio indirecto<sup>107</sup>.

A nuestro parecer es dudosa la influencia de la categoría del negocio indirecto sobre la Recopilación Privada y en concreto sobre la ley 486 que prevé el depósito en garantía. Al margen de los problemas de admisión de la propia categoría del negocio indirecto<sup>108</sup>, si la figura de la ley 486 de la Recopilación constituyera un depósito con finalidad indirecta de garantía, su ubicación lógica sería el Título relativo a los contratos de custodia, pues se afirma que por el hecho de desarrollar una función ulterior no deja de ser

---

<sup>105</sup>LARA GONZÁLEZ, R. “Depósito en garantía...”, cit., págs. 159-160 y expresamente en la nota 25.

<sup>106</sup>SALINAS QUIJADA, F. *Derecho Civil de Navarra*. III, 2, cit., pág. 306.

<sup>107</sup>Aunque evoca también los pronunciamientos de una Sentencia de la Corte de Casación italiana de 1956, que configura la prenda irregular en manos de tercero como una prenda irregular acompañada funcionalmente de un depósito irregular, en virtud del cual el banco depositario asume la obligación de no restituir el *tantundem* al concedente o al acreedor, hasta que el crédito garantizado haya vencido y se haya o no se haya satisfecho, como se verá en el epígrafe siguiente.

<sup>108</sup>A los que se atenderá en el Capítulo III, 3.1.

depósito y le siguen resultando de aplicación sus normas. La colocación de la ley 486 en sede de garantías reales no apoya la tesis de que es una modalidad de negocio indirecto. Además, como obstáculos a la tesis de que la figura del depósito en garantía fuera una forma de negocio indirecto hay que señalar que ASCARELLI no había hecho aplicación expresa de la categoría del negocio indirecto al contrato de depósito, y fundamentalmente que la doctrina italiana por estas fechas se ocupaba en exclusiva del depósito en manos de tercero, mientras que la disposición navarra prevé también el depósito en garantía en manos del propio acreedor.

### **1.3.2.3.- Equiparación entre depósito con finalidad de garantía y prenda irregular**

Tampoco faltaron entre los años cuarenta y cincuenta del siglo XX algunas lecturas diversas del depósito con finalidad de garantía alejadas del contrato depósito y que situaban la figura como una modalidad de garantía.

Además de la tesis fiduciaria sostenida por GRASSETTI, es destacable la construcción propuesta por DALMARTELLO<sup>109</sup>, que defendió que el supuesto resuelto en el caso *Cavallini c. Galassi* debía ser reexaminado a la luz de algunas previsiones del nuevo Código Civil italiano de 1942. En concreto, del artículo 2852, que admite la constitución de una prenda en garantía de una deuda eventual y condicionada; del artículo 2786, que confirma la posibilidad de que la prenda sea constituida mediante la entrega de la cosa a un tercero, y del artículo 1851, que admite la posibilidad de la prenda irregular cuando la cosa dada en prenda sea un género no especificado. Sobre la base de estas normas, entiende que el depósito en función de garantía en manos de un tercero se resuelve o en una verdadera prenda o en una prenda irregular, según que el dinero se haya especificado o se haya entregado sin individualizar y por esto se haya transferido la propiedad al depositario.

En efecto, no hay que perder de vista que el Código Civil italiano de 1942 regula expresamente la figura de la prenda irregular, en su artículo 1851:

*Art. 1851 Pegno irregolare e garanzia di anticipazione*

---

<sup>109</sup> DALMARTELLO, A. “Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto)”, *Rivista Banca, Borsa, Titoli di credito*, 1950, I, nota 5, págs. 318-319.

*Se, a garanzia di uno o più crediti, sono vincolati depositi di danaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sai stata conferita allá banca la facoltà di disporre, la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti. La eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti.*

Aunque la norma está situada en sede de los contratos bancarios, en concreto, de la anticipación bancaria, la doctrina coincide en que supone la consagración de la prenda irregular, y la considera de aplicación general<sup>110</sup>.

Los autores italianos que se ocuparon de la prenda irregular en los años anteriores a la elaboración de la Recopilación Privada coincidieron en afirmar que la característica propia de la figura era la adquisición de la propiedad por parte del acreedor sobre los bienes entregados desde el momento inicial de la relación, pero discreparon en cuanto a la naturaleza jurídica de la prenda irregular, y en cuanto al mecanismo satisfactivo que se produce en el momento posterior de vencimiento de la obligación principal, que permite al acreedor apropiarse definitivamente del dinero o los bienes entregados en garantía en caso de incumplimiento del deudor.

DALMARTELLO, al igual que SIMONETTO y MARTORANO, no se pronunciaron explícitamente sobre la naturaleza jurídica de la prenda irregular<sup>111</sup>. RUBINO y MESSINEO descartaron que se tratara de una prenda o un subtipo de la misma, defendiendo el primero que estamos en presencia de un negocio fiduciario, y el segundo ante un contrato atípico<sup>112</sup>. Todos ellos

---

<sup>110</sup> Ya desde DALMARTELLO, A. “Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto)”, cit., pág. 316, con cita de otros. Entre autores más recientes, PERLINGIERI, P. *Codice Civile annotato con la doctrina e la giurisprudenza*, 2ª ed. V 4.2. Napoli, Edizioni scientifiche Italiane, 1991, pág. 1429, con cita de otros.

<sup>111</sup> DALMARTELLO, A. “Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto)”, cit., SIMONETTO, E. “Sulla natura della cauzione”, *Banca, borsa e titoli di credito*, 1954, parte seconda, págs. 292-300. MARTORANO, F. “Cauzione e pegno irregolare”, *Rivista del Diritto Commerciale*, parte prima, nº 3-4, marzo-abril 1960, págs. 94-130.

<sup>112</sup> Respectivamente, RUBINO, D. “Il pegno” en el vol. col. dirigido por VASSALLI F., *Trattato di Diritto Civile italiano* (2ª ed). Vol. XIV, tomo primo. Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1956, pág. 215. MESSINEO, F. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 9ª edición, Vol. 3, Milano, Giuffrè Editore, 1959, pág. 111

mostraron más preocupación por la causa que justifica la transmisión de la propiedad y por la naturaleza del mecanismo satisfactivo propio de la prenda irregular.

La causa de garantía no se consideraba apta para transmitir la propiedad<sup>113</sup> y se manejaron como alternativas fundamentalmente dos teorías:

1. La que considera que la entrega del dinero o bienes fungibles en prenda al acreedor pignoraticio tiene una función solutoria o satisfactiva, resolutoriamente condicionada al cumplimiento del deudor en el momento del vencimiento. La atribución de la propiedad del bien al acreedor se justifica en una *causa solvendi*.
2. Otra parte de la doctrina entiende que existe una compensación, puesto que la entrega del dinero por el deudor al acreedor crea un nuevo crédito de aquel frente al acreedor privilegiado, con función de garantía. La causa justificadora de la transmisión de la propiedad según esta concepción es una *causa credendi*.

La primera de ellas, abanderada por DALMARTELLO, fue pronto rechazada por la Corte Suprema<sup>114</sup> y ha sido superada, fundamentalmente porque existe una contradicción entre la admisión del carácter solutorio de la entrega y la pervivencia de la obligación y su garantía. Si la adquisición de la propiedad por el acreedor tiene carácter de pago, la deuda se extingue y no hay nada que garantizar<sup>115</sup>. Además, el artículo 1851 del Código Civil italiano establece que, a los efectos de la devolución del exceso, el valor de la cosa debe ser determinado con respecto al momento del vencimiento del crédito

---

<sup>113</sup> Únicamente Martorano se pronunció a favor. MARTORANO, F. “Cauzione e pegno irregolare”, cit., págs. 127-128.

<sup>114</sup> Sentencia de la Corte de Casación de 14 de octubre de 1953, comentada por SIMONETTO, E. “Sulla natura della cauzione”, cit., págs. 293-295.

<sup>115</sup> Argumenta Dalmartello que esta objeción es superable entendiendo que se configura una obligación con dos cosas en *facultate solutionis*: la que constituye el objeto de la prestación específica y la que constituye objeto de la caución. A pesar de que al entregar la caución se extingue la obligación, el acreedor puede seguir teniendo interés en obtener la prestación específica, y el deudor tiene de margen para cumplirla hasta el vencimiento de la obligación. Llegado este, el deudor pierde la oportunidad de cumplir con la prestación específica y se produce un fenómeno de consolidación de la caución (ya propiedad del acreedor) que justifica la apropiación definitiva del acreedor. DALMARTELLO, A. “Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto)”, cit., págs. 334-340.



garantizado y no al momento de la entrega, como sería natural si la prenda irregular fuese una forma de cumplimiento<sup>116</sup>.

La segunda de las construcciones tampoco está exenta de obstáculos. Fundamentalmente, falta la autonomía entre el crédito principal y el crédito a la restitución que se crea con la prenda irregular, requisito necesario para que se produzca la compensación. Además, el crédito que surge de la entrega de dinero no es compensable desde el inicio de la relación sino que hay que esperar al vencimiento de la obligación principal. Como puso de relieve DALMARTELLO fallan por tanto los requisitos de toda compensación<sup>117</sup>. Se intentó salvar este obstáculo aduciendo la existencia de una condición, pero incluso algunos de sus defensores admitieron las carencias de la teoría. RUBINO indica que la compensación intenta dar cobertura a esta solución, equitativamente intuitiva, pudiendo hablarse de imputación, aunque él mismo admite que se trata de un concepto poco claro<sup>118</sup>, mientras que MESSINEO entiende que se trata de una compensación legal<sup>119</sup>.

Respecto a la entrega de dinero, mercancías o títulos a manos de un tercero, si se sostiene la teoría *credendi causa* no puede producirse la compensación porque es un tercero el que adquiere la propiedad del dinero<sup>120</sup>. Llegado el incumplimiento del deudor, el acreedor no podrá compensar el crédito principal impagado puesto que no ostenta ningún otro crédito contra el deudor. Fallan los presupuestos subjetivos necesarios para que se produzca la compensación. Si el objetivo de las partes es crear una autorregulación de intereses que persiga una función de garantía análoga o equivalente a la de la prenda irregular, en consecuencia esta no podrá ser realizada de otro modo que no sea la atribución *ab origine* de la propiedad del bien empeñado al sujeto garantizado<sup>121</sup>.

---

<sup>116</sup> MARTORANO, F. “Cauzione e pegno irregolare”, cit., págs. 120-125.

<sup>117</sup> DALMARTELLO, A. “Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto)”, cit., págs. 345-346.

<sup>118</sup> RUBINO, D. “Il pegno”, cit., pág. 218.

<sup>119</sup> MESSINEO, F. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, cit., pág. 112.

<sup>120</sup> DALMARTELLO, A. “Pegno irregolare”, en *Novissimo Digesto Italiano*, V, XII, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1965, pág. 804.

<sup>121</sup> Entre los autores recientes, así lo sostienen RAMOS ALVES. *Do penhor*, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 252, y GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., págs. 537-539. No obstante, admite este último que existen en la práctica supuestos de depósito caucional en manos de terceros, que son válidos solo que el recurso al esquema de la prenda irregular deviene improcedente.

Tampoco se podría admitir la constitución de una prenda irregular en manos de tercero si se considera que la transmisión de la propiedad que produce la prenda irregular tiene *causa solutoria*. DALMARTELLO subraya que aunque durante la fase de seguridad la situación para el acreedor es similar a la de la prenda irregular en manos del acreedor, llegado el momento de realización de la garantía se pone de manifiesto su diferente funcionamiento, pues el efecto solutorio desaparece. No hay ningún pago, ni apropiación definitiva del dinero, sino que el acreedor ha de reclamar su entrega al depositario<sup>122</sup>.

A pesar de las dificultades advertidas por la doctrina, la Corte de Casación, en una sentencia de 28 de marzo de 1956, estableció que cuando la cosa dada en prenda se entregue a manos de un banco o, en general, de un tercero, se instaura una relación trilateral, y la constitución de la prenda irregular viene acompañada, funcionalmente, de una relación de depósito irregular, en virtud del cual el banco depositario asume la obligación de no restituir el *tantundem* al concedente o al acreedor hasta que el crédito garantizado haya vencido y según se haya satisfecho o no. Se denomina esta entrega de dinero para garantía de una obligación como depósito caucional o depósito en efectivo (*deposito in contanti*)<sup>123</sup>. Entre los autores, se admitió por RUBINO, en términos similares a los utilizados por esta sentencia<sup>124</sup>.

La prenda irregular, aunque válidamente constituida, no produce el efecto traslativo en favor del acreedor inmediatamente, pero consiente que este efecto se realice eventualmente en un momento sucesivo, una vez verificado el incumplimiento. No se ha escapado a los autores la gran similitud entre este depósito irregular que se coliga a la prenda irregular, y la figura de depósito con finalidad de garantía construido como depósito a favor de sujeto alternativamente determinado, hasta el punto de que se han identificado ambas<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> DALMARTELLO, A. “Pegno irregolare”, cit., pág. 804.

<sup>123</sup> MERZ, S., MADONNA, R., SGUOTTI, P. *Manuale pratico dei privilegi, delle prelezioni e delle garanzie*, 2ª ed. Milán, CEDAM, 1999, pág. 464.

<sup>124</sup> RUBINO, D. “Il pegno”, cit., pág. 219.

<sup>125</sup> GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 542. GATTI, S. “Pegno irregolare e fallimento del debitore”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 2000, fascicolo 3-6, pág. 9. Se abordará esta supuesta identidad en el Capítulo III.

En nuestra tarea de indagar sobre el origen de la ley 474 del Fuero Nuevo indudablemente se ha de tener presente la prenda irregular contenida en el artículo 1851 del *Codice Civile*, y también la admisión y configuración jurisprudencial de la prenda irregular a manos de tercero.

Si se compara el funcionamiento de la ley 474.I del Fuero Nuevo con el de la prenda irregular del artículo 1851 italiano, ambas coinciden en que el deudor entrega al acreedor una suma de dinero o bienes fungibles para garantizar el cumplimiento de una obligación y este adquiere la propiedad de los mismos. En caso de cumplimiento, el acreedor debe restituir el dinero depositado al deudor; en caso contrario, el acreedor no debe restituir el dinero depositado, apropiándose definitivamente. En ambos casos la garantía es accesoria respecto a la obligación principal, lo que explica de forma muy natural la relación entre ambas, sin necesidad de acudir a argumentos más artificiosos que hablan de negocios coligados o de vinculación de dos negocios, uno de ellos condicionado suspensivamente y que se une funcionalmente al otro<sup>126</sup>. Es altamente significativo que ambas normas se refieren, además, a la constitución de un “depósito”.

No obstante, también existen diferencias entre el artículo 1851 del Código Civil italiano y la ley 474.I del Fuero Nuevo. El primero pone el énfasis en la facultad de disponer concedida a la banca (o acreedor, en general), así como en la devolución del eventual exceso entre la obligación garantizada y el importe de los bienes entregados, y el momento de su valoración, mientras que la ley 474 del Fuero Nuevo alude al mecanismo de adquisición de la propiedad por el depositario (acreedor o tercero), y su obligación de restitución. La norma navarra guarda silencio sobre la devolución del exceso y en todo lo no previsto, se remite a lo pactado por las partes. La disposición italiana permite que el objeto de la prenda irregular consista en dinero, títulos o bienes, mientras que la figura navarra admite que el objeto depositado en garantía sea dinero o bienes fungibles.

Es altamente probable que la garantía conocida en Italia como *pegno irregolare* o caución en sentido estricto, contenida en el artículo 1851 del Código Civil de 1942 inspirara la introducción del depósito en garantía en manos del acreedor en el Fuero Nuevo (ley 474.I FN), a pesar de las diferencias entre ambas normas. Desde luego no se ha podido localizar la

---

<sup>126</sup>Presente en los razonamientos de Nicolò, Bigiavi o Grassetti, ya vistos.

influencia de ningún otro texto legal o construcción extranjera y sí es visible, en cambio, la influencia italiana en aspectos relativos a la prenda ordinaria del Fuero Nuevo<sup>127</sup>.

En cuanto a la figura del segundo párrafo de la ley 474 del Fuero Nuevo, esta coincide en su funcionamiento con el de la prenda irregular en manos de tercero, de acuerdo con lo sostenido por la jurisprudencia italiana en la época anterior a la redacción del Fuero Nuevo<sup>128</sup>, significando que la Compilación quiso incorporar la prenda irregular en manos de tercero como una modalidad de la prenda irregular a manos del acreedor. Aunque tampoco es descartable que la introducción del depósito en garantía a manos de tercero obedeciera a la voluntad de incorporar en el Fuero Nuevo la práctica jurídica de realizar depósitos con finalidad de garantía en manos de ciertos profesionales, señaladamente notarios y abogados.

#### 1.3.2.4.- La tesis del depósito fiduciario

A diferencia de las construcciones en clave de depósito, la tesis del depósito con finalidad de garantía como negocio fiduciario que había sido sostenida por GRASSETTI bajo la vigencia del anterior Código no tuvo reflejo en el *Codice Civile* de 1942, que tampoco reguló el negocio fiduciario en general.

Ha de considerarse, en cualquier caso, la posible influencia de esta tesis sobre la figura del depósito en garantía (ley 474 FN). El funcionamiento del depósito fiduciario propuesto por GRASSETTI coincide con el del depósito en garantía: cuando el dinero se deposita en manos de un tercero, este depositario deviene dueño del precio y como fiduciario asume la obligación de transferir la suma recibida o al vendedor (beneficiario) o al comprador (fiduciante) según se cumpla o no la condición suspensiva del negocio con el que se vincula el depósito fiduciario. Además, y frente a las teorías en clave de depósito, esta tesis admite que el dinero sea entregado no solo a un tercero sino también al propio acreedor, quien devendría propietario fiduciario de la suma<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> Véase la nota 345.

<sup>128</sup> No hay que olvidar que Dalmartello identificó en el supuesto del caso *Cavallini c. Galassi* la existencia de una prenda irregular, aunque al mismo tiempo negó la posibilidad de una prenda irregular en manos de tercero.

<sup>129</sup> GRASSETTI, C. “Deposito a scopo di garanzia...” cit., pág. 107.

No obstante, se aprecian algunas diferencias entre la tesis de GRASSETTI y la ley 474 del Fuero Nuevo. En primer lugar la dificultad de considerar el cumplimiento de la obligación principal como una condición. En segundo lugar, el Fuero Nuevo ya recoge expresamente la transmisión fiduciaria en garantía, en la ley 466, dentro del Título VII “De las garantías reales”, Capítulo II “De las garantías fiduciaria y por arras”, inmediatamente antes del Capítulo III que engloba la prenda con desplazamiento, la hipoteca, la anticresis, el derecho de retención y el depósito en garantía. La fiducia en garantía en el Derecho navarro tiene unos contornos propios que no tienen por qué ser coincidentes con los del Derecho italiano. Por ello la posibilidad de que el depósito en garantía constituya una modalidad fiduciaria, o un depósito fiduciario según la denominación de GRASSETTI, deberá analizarse tras exponer los caracteres de la fiducia en el Fuero Nuevo.

A primera vista, si se hubiera querido equiparar la fiducia en garantía y el depósito en garantía, o disponer que el depósito en garantía fuera la versión irregular de la fiducia en garantía, hubiera sido lógico colocar la ley 474 en el Capítulo II, que regula la garantía fiduciaria<sup>130</sup>. Desde luego la regulación de la fiducia en garantía en el Fuero Nuevo no obedece a la influencia italiana sino en todo caso al Derecho común<sup>131</sup>.

## 1.4.- Conclusiones sobre el origen de la ley 474 del Fuero Nuevo

Anteriormente se señaló que la figura del depósito en garantía no tiene origen en el Derecho navarro histórico sino que se trata de una figura moderna, que, además, fue incluida durante las últimas fases de elaboración de la Recopilación Privada.

Que los redactores de dicha Recopilación eran concedores de las construcciones italianas en materia de depósito con finalidad de garantía es evidente. No solo eso, sino que ya se ha aludido suficientemente a la influencia ejercida sobre la ley 552 del Fuero Nuevo tanto por el artículo 1773

---

<sup>130</sup> No obstante, la venta a carta de gracia (ley 478 FN) también se considera una garantía fiduciaria, a pesar de estar colocada en un Capítulo distinto, por lo que el argumento de la ubicación no puede ser concluyente. Véase Capítulo II, epígrafe 3.5.1

<sup>131</sup> Al respecto, nos remitimos a la nota 433.

del Código Civil italiano de 1942 como por su interpretación doctrinal en la época de redacción de la Recopilación Privada. En materia de contrato de depósito pues, puede afirmarse sin duda la influencia de las teorías italianas, que fueron recibidas en el Fuero Nuevo en sede de contratos de custodia.

Del proceso de elaboración de la Recopilación Privada se ha obtenido la conclusión de que sus autores pretendieron distinguir el contrato de depósito y el depósito en garantía, y dejar claro que este constituía precisamente una forma de garantía. Ello explica su ubicación en sede de garantías reales y no de contratos de custodia. Lo corrobora el comentario a la ley 486 de la Recopilación Privada, que resalta la finalidad de garantía de este depósito, por contraposición al depósito “ordinario” en el que no se haya pactado expresamente esta finalidad. También hay que tener presente que la ley 561 de la Recopilación en su segundo párrafo establecía que al depósito en garantía no se le aplicarían las normas de los contratos de custodia, sino que el mismo se regiría por su propia ley, la 486 del citado texto. Esta aclaración fue eliminada en la redacción final del Fuero Nuevo, y sin embargo, para SALINAS seguía resultando obvio que el depósito de garantía era independiente del contrato de depósito y que se regía por su propia disposición. Refiriéndose a la supresión del inciso que aclaraba que el depósito en garantía debía regirse por su propia ley y no por las normas del contrato de depósito afirma el autor que *“en realidad no hacía falta la referencia porque siempre habría de estar a esta ley dicho depósito, aun cuando ahora no se dijera (...) Allí consideramos el depósito como una garantía real más entre las tantas recogidas en el Título VII del Lib. III...”*<sup>132</sup>.

Por otro lado, el depositario navarro no tiene derecho de retención sobre la cosa depositada, mientras que el depositario en garantía puede retener la cosa en garantía hasta que se verifique el cumplimiento de la obligación principal. Es más, cuando el depositario en garantía es el acreedor únicamente deberá restituir si se produce el cumplimiento de aquella obligación, mientras que en un contrato de depósito el depositario siempre ha de restituir al depositante.

Así pues, parece claro que la intención del legislador fue la de recoger una garantía real en la ley 474 de la Compilación y no un contrato de depósito. En cuanto al origen de dicha disposición, no existe un parecido tan evidente

---

<sup>132</sup> SALINAS QUIJADA, F. *Derecho Civil de Navarra*. IV. 2, cit., pág. 366.

entre las construcciones italianas en materia de garantías y la ley 474 del Fuero Nuevo, aunque es más que probable que la prenda irregular del artículo 1851 del *Codice Civile* inspirara la introducción de dicha ley, o al menos su párrafo primero. En cuanto al depósito en garantía a manos de tercero (ley 474.II FN), ya se ha señalado la posibilidad de que se incluyera como una variante de la figura del primer párrafo, positivizando la construcción jurisprudencial italiana de la prenda irregular en manos de tercero, o que obedeciera a la influencia de la práctica jurídica.

Pero aunque la pretensión del legislador fuera la de constituir una figura de garantía real, y que las dos variantes del depósito en garantía compartieran la misma naturaleza jurídica, hay que cuestionar si esto se logró realmente. Será necesario examinar si el depósito en garantía cumple verdaderamente una función de garantía, tanto en la figura del primer párrafo como en la del segundo, pero sobre todo en este último caso. Desde luego, el mecanismo de satisfacción en caso de incumplimiento del deudor es diferente en uno y otro supuesto. Mientras que en el depósito en garantía en manos del acreedor se produce una compensación entre la deuda principal y la cantidad de dinero entregada en garantía, esta compensación no es posible cuando el dinero se haya entregado a un tercero. En este caso el acreedor deberá reclamar la entrega del dinero al depositario, y se expone a que este se niegue o resulte insolvente, riesgo inexistente cuando el depósito se efectúa en manos del acreedor. Habrá que proceder a examinar cómo se producen en este caso los efectos reales propios de las garantías, si es que esto es posible.

Aparte de su utilidad para situar el posible origen de la ley 474 del Fuero Nuevo, el examen de las teorías que se han defendido por la doctrina italiana sobre el depósito con finalidad de garantía ha ilustrado lo controvertido de la figura, y ha evidenciado que no pueden reconducirse todos los supuestos posibles en la práctica a una única construcción. Además, algunas de las propuestas se basan en categorías polémicas en sí mismas, como la del negocio indirecto o el negocio fiduciario, lo que complica el análisis de la figura y dificulta la adopción de soluciones uniformes.

A continuación se analizará por separado el tratamiento que recibe en los ordenamientos extranjeros la entrega de dinero (o dinero y bienes fungibles) con finalidad de garantía de una obligación cuando este se entrega

al acreedor y a un tercero, lo que ofrecerá una visión panorámica que contribuirá a situar las cuestiones problemáticas que rodean a la ley 474 de la Compilación.

## **2.- La entrega de dinero o bienes fungibles en garantía en los ordenamientos extranjeros**

La mayoría de Códigos Civiles recogen actualmente garantías que recaen sobre dinero, o sobre dinero y bienes fungibles, lo que corrobora la modernidad de la figura y el acierto del legislador navarro al regular el depósito en garantía. Pero el Fuero Nuevo es el único texto legal que prevé en una misma disposición tanto la entrega al acreedor como a un tercero. Como se comprobará, en los ordenamientos extranjeros se califica de diferente manera la garantía sobre dinero cuando se constituye en manos del acreedor y cuando se constituye en manos de un tercero, lo que refuerza nuestra opción por analizar separadamente el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) y el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN).

### **2.1.- La entrega de dinero o bienes fungibles al acreedor para garantía de una obligación**

#### **2.1.1.- La prenda irregular**

El Código Civil italiano de 1942 recogió la prenda irregular, sobre dinero, mercancías o títulos en su artículo 1851. Por su parte, el Código Civil portugués no regula la prenda sobre dinero o bienes fungibles, como tampoco lo hacía el *Code Civil* francés hasta la reforma del Derecho de garantías, constituyendo en ambos casos figuras atípicas aunque de utilización en la práctica<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> Para el ordenamento portugués, véase: PESTANA DE VASCONCELOS. “Notas sobre o penhor irregular”, en la obra colectiva *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pág. 367.

En Francia las garantías constituidas sobre sumas de dinero eran designadas en la práctica de forma muy variada, como *dépôts de garantie*, *caution* o *cautionnement*, *retenues de garanties*, *affectation du solde d'un compte en garantie*, cuenta bloqueada, cuenta de garantía... *Gage-*



Si en la doctrina italiana a partir de la segunda mitad del siglo XX se sostuvieron diferentes posiciones sobre la naturaleza jurídica de la prenda irregular, y sobre el mecanismo que permite al acreedor, en caso de incumplimiento del deudor, apropiarse definitivamente del dinero, mercancías o títulos entregados, estas divergencias no han cesado en la época reciente. La naturaleza jurídica de la prenda irregular es igualmente controvertida en Francia y Portugal.

En líneas generales, en los tres países una parte de la doctrina ha sostenido que, a pesar de sus características particulares, la prenda irregular debe considerarse un subtipo de la prenda ordinaria, en cuanto comparte con ella la misma causa de garantía, que realiza incluso más intensamente<sup>134</sup>. Considerar a la prenda irregular una variante de la prenda ordinaria implica que, producido el incumplimiento de la obligación principal por el deudor, la apropiación definitiva del dinero por el acreedor se justifica en la aplicación de las reglas generales de la prenda, con la única diferencia de que no es necesaria la venta, por la naturaleza del objeto sobre el que recae la garantía pignoratícia<sup>135</sup>. Se evitan así los problemas dogmáticos que plantea el mecanismo de apropiación definitiva del dinero por el acreedor en la versión irregular.

En Francia incluso fue la posición defendida por gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia francesas durante un tiempo<sup>136</sup>. Sin embargo, CROcq puso claramente de manifiesto que no podía sostenerse la existencia de una verdadera prenda puesto que la entrega del dinero produce efectivamente una transferencia de propiedad a título de garantía. El acreedor

---

*espèces* fue la expresión más común en la doctrina, habiéndose impuesto finalmente entre los autores. Véase SIMLER, PH., DELEBECQUE, PH. *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncière*. 3ª edición, Paris, Dalloz, 2000, pág. 480. No así en el Derecho positivo, que no la ha recogido a pesar de las sucesivas reformas que han afectado al Derecho de las garantías.

<sup>134</sup> Así, REALMONTE, F. “Il pegno” en *Trattato di Diritto Privato, diretto da RESCIGNO, P., 19 Tutela dei diritti*, Tomo 1. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1985, pág. 646. GALGANO, F. *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. II, Tomo 2, 4ª edizione, Padova, CEDAM, 2004, pág. 508.

<sup>135</sup> REALMONTE, F. “Il pegno”, cit., pág. 646.

<sup>136</sup> Citados por CROcq, P. *Propriété et garantie*, Paris, LGDJ, 1995, págs. 258-259. Respecto a la jurisprudencia, véase SIMLER, PH., DELEBECQUE, PH. *Droit civil. Les sûretés...* cit., págs. 480-481, con cita de numerosas sentencias.

adquiere la propiedad del dinero, no siendo posible mantener la calificación de prenda, que es un derecho real sobre una cosa perteneciente a otro<sup>137</sup>. Por su parte el deudor no conserva ningún derecho real sobre el dinero, que es sustituido por un derecho personal frente al acreedor. Progresivamente más autores se pronunciaron en contra de calificar la entrega de dinero al acreedor como una auténtica prenda, aduciendo incluso que la denominación de *gage-irrégulier*, por analogía con el *dépôt irrégulier*, y también *quasi-gage* por analogía con el *quasi-usufruit*, era demostrativa de que no se trataba de una verdadera prenda<sup>138</sup>. Así, se consideró la figura como una cesión fiduciaria o *sûreté-proprété* (atípica en aquellos momentos para el Derecho francés) porque precisamente la entrega del dinero al acreedor transmite la propiedad sobre el mismo<sup>139</sup>. Al tratarse de una transmisión de la propiedad en garantía, no era necesario observar las formalidades de constitución de la prenda, y, en cuanto propietario de los fondos recibidos, el acreedor ostentaba no un derecho de preferencia sobre el resto de acreedores, sino un derecho exclusivo, gozando de la prioridad absoluta sobre el resto de acreedores propia de la cesión fiduciaria.

Sin embargo, a pesar de las objeciones, la tesis de que la prenda irregular es una modalidad de la prenda ordinaria no ha sido del todo abandonada<sup>140</sup>. RAMOS ALVES, partiendo también de que la prenda irregular cumple la misma función de garantía que su homónimo regular, ha afirmado que la prenda irregular constituye una modalidad del contrato de prenda<sup>141</sup>. La transmisión de la propiedad en la prenda irregular resulta de la naturaleza del objeto del contrato, encuadrándose en la categoría de los negocios

---

<sup>137</sup> CROCQ, P. *Propriété et garantie*, cit., pág. 260.

<sup>138</sup> CABRILLAC, M., MOULY, C. *Droit des sûretés*. 3ª edition, Paris, Litec, 1995, págs. 567-568.

<sup>139</sup> MALAURIE, PH., AYNÈS, L. *Les sûretés. La publicité foncière*. Paris, Éditions Cujas, 1995, págs. 189-190. CABRILLAC, M., MOULY, C. *Droit des sûretés...*, cit., pág. 567. MAZEAUD, H. et L., MAZEAUD, J., CHABAS, F. *Leçons de Droit civil*, Tome III, Volume 1º, 7ª ed., Paris, Montchrestien 1999, pág. 172. CROCQ, P. *Propriété et garantie*, cit., págs. 35 y 259-260.

<sup>140</sup> En Italia ha sido defendida por Realmonte y Galgano. Ya aludidos en la nota 134.

En Francia, algunos autores siguieron sosteniendo que se trata de una prenda puesto que la transmisión de la propiedad no se produce por voluntad de las partes, como en las cesiones fiduciarias, sino que constituye una mera consecuencia de la naturaleza del objeto pignorado. SIMLER, PH., DELEBECQUE, PH. *Droit civil. Les sûretés...*, cit., págs. 480-482.

<sup>141</sup> RAMOS ALVES. *Do penhor*, cit., Capítulos III y IV, especialmente págs. 236-237 y 338 y sig.

irregulares. Estos satisfacen las mismas necesidades sociales que los respectivos negocios regulares, y por tanto, el contrato se rige por las reglas que disciplinan la versión regular, en este caso, las normas de la prenda, con exclusión de aquellas que se refieren al mantenimiento de la propiedad por parte del deudor pignoraticio. Sostiene el autor que cuando la prenda irregular se constituye en manos del acreedor, se unen un contrato de prenda y un contrato de depósito irregular, y la garantía adopta la naturaleza de una prenda de créditos con una particularidad en cuanto a la modalidad de ejecución que le es propia, pues el acreedor pignoraticio puede deducir el valor correspondiente a la garantía del montante del crédito principal<sup>142</sup>.

Al margen de estas opiniones, que en la actualidad pueden considerarse aisladas, es la calificación de la prenda irregular como transmisión fiduciaria en garantía la que ha experimentado un gran auge en Italia, Portugal y Francia, constituyendo la opinión mayoritaria en este último país (al menos hasta la reforma del Derecho de garantías)<sup>143</sup>. Se afirma que la función de garantía es causa suficiente para transmitir la propiedad, ofreciendo justificación para la inexigibilidad del crédito de restitución del *tantundem* al acreedor antes del vencimiento de la obligación principal, y para la reclamación de restitución del deudor en caso de cumplimiento de la citada obligación principal. En caso contrario, si se produce un incumplimiento, el acreedor tiene derecho de satisfacerse con los bienes entregados en garantía hasta la concurrencia entre la obligación principal y el valor de los bienes entregados en garantía.

Para PESTANA DE VASCONCELOS, supone un mecanismo de garantía que se asienta en la transmisión de la propiedad del bien, y por ello constituye un negocio fiduciario en garantía que tiene la peculiaridad de recaer sobre bienes fungibles. A pesar de no constituir una modalidad de prenda, las partes utilizan esa denominación y no habría obstáculo en aplicarle a la prenda

---

<sup>142</sup> *Ibidem*, págs. 341-344.

<sup>143</sup> En Italia es defendida por: ANELLI, F. *L'Alienazione in funzione di garanzia*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1996, págs. 255 y sig. RUBINO, D. "Il pegno", cit., pág. 217. BIANCA, C. M. *Diritto Civile, VII Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, Giuffrè Editore, 2012, págs. 172-173.

En Francia se ha sostenido por los autores citados en la nota 139, y además por BOUGEROL-PRUD'HOMME, L. *Exclusivité et garanties de paiement*, Paris, Lextenso éditions, 2012, págs. 233-235, entre otros.

Para el Derecho portugués, véase nota siguiente.

irregular algunas disposiciones del régimen de la prenda<sup>144</sup>. Lo que diferencia a la prenda irregular de otros negocios fiduciarios, de acuerdo con BIANCA, es que, al contrario que en estos, el acreedor pignoraticio puede disponer en su propio interés de los bienes recibidos en propiedad<sup>145</sup>.

En Italia es difícil señalar una posición prevalente sobre la naturaleza de la prenda irregular y el debate se centra en la causa de la transmisión de la propiedad. Recientemente se ha afirmado incluso que la prenda irregular representa un contrato con efecto real, no reconducible a la prenda regular, cuyo mecanismo satisfactivo se explica por VITTORIA sosteniendo que la prenda irregular agota el interés del acreedor en la ejecución forzosa, estando ya predispuesta por un instrumento contractual<sup>146</sup>.

La importante reforma del Derecho de garantías reales francés ha operado cambios profundos en el sistema de garantías<sup>147</sup> y ha afectado, entre

---

<sup>144</sup> PESTANA DE VASCONCELOS. “Notas sobre o penhor irregular”, cit., pág. 368 y págs. 375-376. En cambio, cuando el dinero o bien fungible se entrega a un tercero la prenda irregular reviste la forma de una prenda de créditos, pues lo que se empeña en este caso es el crédito a la restitución nacido de la entrega efectuada por el deponente en manos del beneficiario.

<sup>145</sup> BIANCA, C. M. *Diritto Civile*, VII, cit., págs. 171-172.

<sup>146</sup> VITTORIA, D. “Pegno irregolare” en *Enciclopedia Giuridica*, V. XXII, Roma, Istituto Della Enciclopedia Italiana, 1990, pág. 3. En la misma línea GATTI, S. “Pegno irregolare e fallimento del debitore”, cit., pág. 5.

<sup>147</sup> Las normas reguladoras de las garantías no se habían reformado desde la aprobación del *Code Civil* napoleónico en 1804, resultando un sistema rígido e inadaptado a las necesidades del tráfico actual. La eficacia de las garantías se había visto mermada por el derecho de los procedimientos colectivos (*procédures collectives*) previstos para empresas y particulares en dificultades, en los que los acreedores garantizados veían decaer su garantía en pro del principio de continuidad de la empresa. Además, desde aproximadamente los años ochenta del siglo pasado, se había acentuado la búsqueda de nuevos mecanismos de garantía personal (la delegación imperfecta, la solidaridad, las garantías independientes...) y real (el derecho de retención, la reserva de la propiedad y la transmisión fiduciaria...) que ofrecieran mayor certidumbre a los acreedores. Al mismo tiempo, habían proliferado garantías especiales fuera del *Code Civil* con su régimen propio. Esta dispersión normativa y práctica provocaba incertidumbre e inseguridad jurídica y justificaba la necesidad de una reforma, que comenzó con la *Ordonnance* de 23 de marzo de 2006, ratificada por la Ley de 20 de febrero de 2007, y que procedió a reagrupar todas las garantías en el nuevo Libro IV del *Code Civil* (arts. 2284 a 2488) dedicado a las *sûretés*. Posteriormente se ha añadido en el *Code Civil* la fiducia en garantía (*fiducie-sûreté*) por la *Ordonnance* de 30 de enero de 2009, modificada por la Ley de 12 de mayo de 2009. La *Ordonnance* de 27 de junio de 2013 también ha modificado recientemente algunas disposiciones. Véase, al respecto, LEGEAIS, D. *Sûretés et garanties du crédit*, 6ª ed. Paris, Lextenso éditions, 2008, pág. 5 y sig.

otras cuestiones, a la entrega de dinero al acreedor para garantía de una obligación.

Se ha reconocido expresamente que la prenda puede recaer sobre bienes fungibles en el nuevo artículo 2341 del *Code Civil*, que establece:

---

Una de las novedades importantes ha sido la unificación terminológica. Con anterioridad a la reforma, el término *nantissement* designaba todo contrato por el cual un deudor entregaba una cosa a su acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligación. Cuando la cosa dada en garantía era un bien mueble, constituía una prenda (*gage*). Cuando era un inmueble, una anticresis. Paulatinamente, el legislador utilizó el término *nantissement* para referirse a garantías de nueva creación, como las *nantissements* de fondos de comercio o material de utillaje, si bien se trataba de supuestos de prenda sin desposesión. El legislador de 2006 ha terminado con esta situación y ha reservado el término prenda (*gage*) para la garantía que recae sobre un bien mueble corporal, y el término *nantissement* para la garantía que recae sobre un bien mueble incorporeal.

Entre otras cuestiones, se ha pretendido solucionar los graves inconvenientes que se achacaban a la prenda, permitiendo la pignoración de bienes futuros (art. 2333 *Code Civil*). También se han introducido importantes cambios en cuanto a los requisitos de constitución y oponibilidad de la prenda frente a terceros. En la actualidad se admite la constitución de la prenda con o sin desposesión, habiéndose eliminado su carácter real (art. 2337 *Code Civil*). La forma escrita, que antes era un requisito de oponibilidad frente a terceros, se ha erigido en un requisito para la perfección del contrato (art. 2336 *Code Civil*). Por tanto, se ha mantenido la estructura tradicional de la prenda, que exigía la entrega de la posesión y la celebración por escrito, si bien en la actualidad se han invertido las funciones: la entrega no es requisito de validez del contrato sino una de las dos modalidades posibles de dar publicidad a la prenda. La otra forma de lograr la oponibilidad de la prenda frente a terceros es la inscripción de la prenda en un registro especial regulado por un Decreto del Consejo de Estado (art. 2338 *Code Civil*).

En cuanto a la realización de la prenda, la principal novedad es la eliminación por la *Ordonnance* de 23 de marzo de 2006 de la prohibición del pacto comisorio. La jurisprudencia francesa ya había relajado el alcance de tal prohibición, declarando válido el pacto si se estipulaba después de celebrado el contrato de prenda, o cuando no hubiese riesgo de sub-valoración de la cosa pignorada, no siendo necesaria la protección del deudor en ese aspecto. Según el actual artículo 2348.1 del *Code Civil*, las partes pueden estipular, al constituir la prenda o posteriormente, que, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor adquirirá la propiedad de la cosa pignorada. Ahora bien, como medida de protección el art. 2348.2 del *Code Civil* ordena que el valor de los bienes objeto de la prenda se fije en el momento de la adquisición por un experto designado de mutuo acuerdo o judicialmente, salvo que se trate de bienes con cotización oficial en un mercado financiero. Además, cuando el valor de la cosa exceda de la deuda, la diferencia deberá ser entregada al deudor o consignarse, si existen otros acreedores pignoraticios (art. 2348.3 *Code Civil*). No se ha resuelto qué sucede cuando existan varios acreedores pignoraticios y todos hayan pactado la atribución automática de la cosa en caso de incumplimiento, o la concurrencia entre acreedores pignoraticios con y sin pacto comisorio. Véase ARANA DE LA FUENTE, I. “La reforma francesa de las garantías mobiliarias”, *Indret*, abril 2012, págs. 26-27.

*Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent. A défaut, le constituant peut se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 2344 .*

*Si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes.*

Aunque en opinión de los autores se trata del supuesto menos frecuente<sup>148</sup>, de acuerdo con esta disposición cuando la prenda con desposesión tenga por objeto cosas fungibles, el acreedor debe conservarlas separadas de otras cosas de la misma naturaleza que existan en su patrimonio, por lo que existe una auténtica prenda y le resultará aplicable el régimen común de la misma. En consecuencia, la prenda de dinero deberá constituirse por escrito, la desposesión es el requisito de oponibilidad frente a terceros, y llegado el momento de la realización, su particularidad es que no es necesaria la valoración del dinero por un experto independiente.

Si el acreedor es dispensado de esta obligación de conservar las cosas separadas mediante pacto, la misma norma establece que aquel adquirirá su propiedad con obligación de restituir la misma cantidad de cosas equivalentes. Este supuesto se aleja de la configuración de la prenda y la mayoría de la doctrina estima que se trata de una transmisión de la propiedad con finalidad de garantía, o fiducia en garantía, admitida por la jurisprudencia con carácter previo a la reforma<sup>149</sup>.

Sin embargo, en la actualidad la *fiducie-sûreté* se ha convertido en una figura típica, con características muy marcadas (creación de un patrimonio de afectación, cualidad de fiduciario restringida a ciertos sujetos...<sup>150</sup>) en la que

---

<sup>148</sup> LEGEAI, D. “Le gage-espèces après la réforme des sûretés”. *Droit & Patrimoine* n° 162, septembre 2007, pág. 71.

<sup>149</sup> En ese sentido, LEGEAI, D. “*Le gage-espèces...*”, cit., pág. 71. La necesidad de pacto expreso hace que el efecto traslativo de la propiedad se produzca por voluntad de las partes, en lugar de por confusión con las cosas del acreedor, aproximando el mecanismo al de la fiducia, de acuerdo con BOUGEROL-PRUD’HOMME, L. *Exclusivité et garanties de paiement*, cit., pág. 238. En contra, MARTIN, R.D. “Du gage-espèces”. *Recueil Dalloz*, 2007 n° 36, pág. 2558.

<sup>150</sup> La fiducia en garantía (*fiducie-sûreté*) se define en el artículo 2011 del *Code Civil* como la operación por la cual una o varias personas transfieren bienes, derechos o garantías, o un conjunto de ellos, presentes o futuros, a uno o varios fiduciarios quienes, manteniéndolos separados de su propio patrimonio, actúan para lograr un determinado fin en favor de uno o varios beneficiarios.

## 2.- La entrega de dinero o bienes fungibles en garantía en los ordenamientos extranjeros

Esta definición describe el mecanismo de la fiducia, pero no precisa qué tipo de propiedad se transfiere al fiduciario, ni qué naturaleza tiene el derecho que adquiere el beneficiario. Se ha seguido la concepción anglosajona del *trust*, aunque en el Derecho francés no se produce la separación entre *legal ownership* y *equity ownership*. Algunos autores sostienen que el beneficiario tiene simplemente un derecho personal y el *trustee* o fiduciario un derecho real de propiedad. Sin embargo, esto no ofrecería seguridad alguna para el beneficiario. La mayoría de autores entiende que la propiedad fiduciaria no constituye propiedad en el sentido clásico sino un derecho de propiedad especial, puesto que los bienes se transmiten al patrimonio del fiduciario y no al fiduciario mismo. LYCZKOWSKA, K. “El nuevo régimen de *fiducie* en el Derecho francés a la luz de las últimas reformas”, *Indret*, enero 2010, págs. 4-5.

La regulación general de la fiducia se encuentra en los artículos 2011 a 2030 del *Code Civil*, si bien estas normas son más propias de la fiducia-gestión, por lo que la *Ordonnance* de 30 de enero de 2009 creó disposiciones específicas para el caso de la fiducia con función de garantía (*fiducie-sûreté*) dentro del Libro IV del *Code Civil*, consagrado a las garantías. En concreto, se trata de los artículos 2372-1 a 2372-5, que llevan por título “*De la propriété cédée à titre de garantie*”, para los bienes muebles, y de los artículos 2488-1 a 2488-5 para los bienes inmuebles. A la fiducia en garantía se le aplicarán las citadas disposiciones especiales y los artículos que regulan las normas comunes a la fiducia.

La fiducia necesariamente ha de otorgarse por escrito (art. 2012 *Code Civil*), con una serie de menciones obligatorias (art. 2018 *Code Civil*). Solo en ciertos casos se exige la formalización en documento público (los previstos en el art. 2012.2 *Code Civil*, así como cuando la designación del beneficiario sea efectuada con posterioridad a la constitución de la *fiducie*).

Además de otorgarse por escrito, el contrato de fiducia debe inscribirse, como requisito de validez, en la oficina competente de la Administración tributaria, dentro del mes siguiente a la constitución (art. 2019 *Code Civil*). Ha de constar también en un Registro Nacional de Fiducias (art. 2020 *Code Civil*). Si afecta a bienes inmuebles ha de constar en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad (art. 2019 *Code Civil*).

En cuanto a los sujetos, el constituyente o fiduciante, tras las sucesivas reformas, puede ser una persona física. Puede ser el deudor o un tercero, que transmita un bien de su propiedad para garantizar la deuda de otro. En cambio, solo pueden ser fiduciarios (art. 2015 CC, redactado según la *Ordonnance* de 27 de junio de 2013) los establecimientos de crédito, las instituciones de inversión, las aseguradoras, los abogados y por remisión a las instituciones del artículo 518.1 del *Code monétaire et financière* el Tesoro Público, el Banco de Francia, la *Poste*, el Instituto de emisión de los Departamentos de Ultramar y la *Caisse des dépôts et consignations* (art. 2015 *Code Civil*). A su vez, el fiduciario puede ser el acreedor de la deuda garantizada o un tercero, en cuyo caso este asume el deber de conservar el bien y transmitirlo al deudor o al acreedor según se haya pagado o no la deuda al vencimiento (arts. 2372-3 *Code Civil*).

El fiduciario está obligado a conservar los bienes, a mantenerlos separados de su propio patrimonio, a informar a los terceros de su condición de fiduciario y a rendir cuentas de sus operaciones.

La causa del contrato ha de ser onerosa, pues es nulo de pleno derecho el contrato de fiducia que responda a una causa de liberalidad a favor del beneficiario (art. 2013 *Code Civil*).

El patrimonio fiduciario se configura como un patrimonio separado del patrimonio personal del fiduciario, inatacable por los acreedores de este. El concurso del fiduciario, por ello, no afecta a los bienes o derechos que componen el patrimonio fiduciario (art. 2024 *Code Civil*). Únicamente pueden ir contra el patrimonio fiduciario los acreedores cuyo título haya nacido de la gestión y



no encaja esta *gage-espèces*, discutiéndose si son admisibles fiducias en garantía innominadas<sup>151</sup>. La reforma no solo no lo ha previsto sino que ha creado un nuevo debate<sup>152</sup>, que obligará a la Corte de Casación a pronunciarse sobre la validez de estas fiducias atípicas, con la inseguridad jurídica que conlleva para las partes la posibilidad de recalificación de la garantía.

En Alemania, la prenda que recae sobre dinero puede ser entendida bien como una verdadera prenda, cuando el dinero se entrega individualizado, en cuyo caso se conoce como prenda pecuniaria<sup>153</sup>, o bien como una prenda irregular. Las circunstancias del caso concreto determinarán si se trata de una u otra figura, pero siempre que se entregue en garantía de cumplimiento de una deuda una cantidad de dinero, sin especificar, se entenderá que la intención de las partes era constituir una prenda irregular<sup>154</sup>. Al igual que sucede actualmente en Francia, la configuración de la transmisión de la propiedad en garantía en el ordenamiento alemán no encaja totalmente con el

---

conservación del patrimonio fiduciario (art. 2025 *Code Civil*), y además de estos, los acreedores del constituyente en dos supuestos concretos (art. 2025 *Code Civil*): cuando sean titulares de un derecho de persecución vinculado a una garantía real anterior a la celebración de la *fiducie*, y en caso de fraude de los derechos legítimos de los acreedores del constituyente.

El régimen de oponibilidad frente a terceros varía en función del tipo de bien que se transfiere al patrimonio fiduciario. Si se trata de un bien mueble será oponible la fiducia frente a terceros desde la fecha del escrito.

En el supuesto de impago de la deuda garantizada el fiduciario que al mismo tiempo sea acreedor de la misma adquirirá la libre disposición del bien o derecho cedido en garantía, salvo pacto en contrario (art. 2372-3 *Code Civil*). Si el fiduciario no es el acreedor, este podrá exigir a aquél que le entregue el bien, o que se proceda a la venta del mismo y a la entrega de todo o parte del precio, si se ha previsto en el contrato (art. 2372-3 *Code Civil*). El valor del bien o derecho cedido se determinará por un experto designado de común acuerdo o judicialmente, salvo que cotice en un mercado financiero de acuerdo con el *Code monétaire et financier* o si es una suma de dinero. El exceso de valor será devuelto al constituyente (art. 2372-4 *Code Civil*).

Con la supresión de la prohibición del pacto comisorio en el *Code Civil*, tanto para la prenda como para la hipoteca, no existe impedimento para admitir que el fiduciario se apropie definitivamente de un derecho de propiedad que, por otra parte, ya tenía. Esta atribución inicial de la propiedad es lo que, efectivamente, diferencia la prenda o hipoteca con pacto comisorio de la fiducia en garantía. LYCZKOWSKA, K. “El nuevo régimen de *fiducie*...” cit., pág. 13.

<sup>151</sup> LEGEAIS, D. *Sûretés et garanties*, cit., pág. 351.

<sup>152</sup> Así lo han apuntado LEGEAIS, D. “*Le gage-espèces*...” cit., pág. 72 y BOUGEROL-PRUD'HOMME, L. *Exclusivité et garanties de paiement*, cit., págs. 225-226.

<sup>153</sup> WOLFF, M. “Derecho de Cosas”, Tomo III, 2º, en la obra colectiva de ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, M. *Tratado de Derecho civil*, 3ª edición, Barcelona, Bosch, 1971, pág. 424.

<sup>154</sup> *Ibidem*, pág. 494.



supuesto de la prenda irregular, en el que el constituyente no conserva la posesión del dinero entregado<sup>155</sup>.

---

<sup>155</sup> La transmisión en garantía implica que el deudor transmite a su acreedor la propiedad de una o varias cosas muebles, determinadas, a través de constituto posesorio (§930 BGB), que supone que el constituyente de la garantía retiene el objeto en su poder y se convierte en su poseedor inmediato mientras que el adquirente pasa a ser propietario y poseedor mediato. MACÍA MORILLO, A. “Una aproximación a la transmisión en garantía en el Derecho alemán”, *Indret*, enero 2013, págs. 10-11.

La doctrina mayoritaria califica el derecho del adquirente de verdadero derecho de propiedad, si bien limitado por un elemento de confianza. Surge una propiedad condicionada de modo fiduciario. Serick explica que “*el fiduciante transmite al fiduciario un derecho pleno, con una vinculación obligacional a un determinado fin. El negocio que está en la base de la adquisición del derecho pleno (en el caso, el convenio de garantía) solo justifica la retención de la cosa de una manera temporalmente limitada, y no con carácter definitivo. A efectos externos, el fiduciario adquiere sobre el bien un poder jurídico más amplio que el que requiere la finalidad del negocio. (...) El fiduciario, sin embargo, solo ha de proceder sobre la cosa en la medida permitida por el pacto obligacional. Solo está facultado para hacer uso de su posición dominical en la medida de su interés de garantía, no pudiendo aplicar la propiedad a finalidades diversas*” (no puede, por ejemplo, donar el bien a un tercero). SERICK, R. *Garantías mobiliarias en Derecho alemán*, traducción de CARRASCO PERERA, A., Madrid, Tecnos, 1990, págs. 34-35.

Se considera al fiduciario, entonces, como un verdadero propietario, aunque su derecho de propiedad sea limitado. El fiduciante, por su parte, es el poseedor inmediato de la cosa, posesión también limitada de acuerdo con lo establecido en el convenio de garantía y el uso que sea necesario para continuar con su actividad. Se sostiene que no existe una división de la propiedad como sucede en el *trust* anglosajón. Sin embargo, la fiducia y algunas otras figuras del Derecho alemán persiguen finalidades similares y paulatinamente se va extendiendo la necesidad de reconocer más directamente la figura del *trust* en el Derecho alemán. LEHMANN, M. “El *trust* y el Derecho alemán: ¿historia de amor o choque de culturas?”, en la obra colectiva dirigida por ARROYO I AMAYUELAS, E. *El trust en el Derecho Civil*, Barcelona, Editorial Bosch S.A. 2007, págs. 39-55.

Por su parte, el acreedor-adquirente obtiene la propiedad del bien transmitido en garantía de forma plena, aunque limitada en el plano interno por la naturaleza fiduciaria de la relación. Debe respetar el convenio de garantía y la finalidad pactada, permitiendo al deudor el uso de la cosa en el desempeño de su negocio o actividad. Sin embargo, el acuerdo fiduciario no tiene efectos reales y podría transmitir válidamente la cosa frente a terceros de buena fe.

Si el deudor cumple, surge su derecho a recuperar la cosa. No se trata de una transmisión automática sino que requiere un nuevo negocio jurídico de transmisión, aunque puede ser incluso tácito, puesto que el prestador de la garantía sigue siendo el poseedor inmediato. En tanto se produce esta retransmisión, se considera que la fiducia en garantía se transforma en fiducia de administración. En ocasiones se pacta que el cumplimiento del crédito garantizado sea condición resolutoria de la transmisión de propiedad, operando entonces automáticamente la retransmisión de la propiedad al prestador de la garantía, si bien Serick señala que esta convención no es muy frecuente en la práctica. SERICK, R. *Garantías mobiliarias... cit.*, pág. 26.

En Bélgica era controvertido si la entrega de dinero por el deudor a su acreedor en garantía de una deuda, supuesto que se designaba habitualmente como prenda irregular (*gage irrégulier*), constituía una verdadera prenda<sup>156</sup>. No obstante, el Derecho de las garantías reales se ha reformado por la reciente Ley de 11 de julio de 2013<sup>157</sup>, habiéndose recogido una norma que encaja perfectamente con la entrega de dinero en garantía. En efecto, el nuevo

---

En el caso de que el objeto de la fiducia consista en dinero no es posible que el fiduciante entregue la propiedad del dinero al fiduciario y conserve la posesión del mismo, por la propia naturaleza del dinero.

<sup>156</sup> T'KINT, F. *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 3<sup>a</sup> édition. Bruxelles, Larcier, 2000, págs. 155-156.

<sup>157</sup> La modificación, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2014, derogó el Título XVII del Libro III, del *Code Civil* “*Du nantissement*” y lo ha sustituido por un Título XVII relativo a “*Des sûretés réelles mobilières*”, que reemplaza a los antiguos artículos 2071 a 2091 (la Ley de 11 de julio de 2013 reenumera los artículos comenzando por el número 1).

Las críticas que se hacían a la regulación contenida en el *Code Civil* y que han impulsado la reforma son similares a las que motivaron la reforma del Derecho de garantías francés: regulación escasa de la prenda en el *Code Civil*, necesidad de entregar la posesión del objeto pignorado, dispersión legislativa y necesidad de actualización para dar cabida a figuras utilizadas en la práctica. Al respecto, T'KINT, F. *Sûretés et principes généraux...* cit., págs. 131-132. GEORGES, F. “Security rights under Belgian law: key issues and prospectes of reform” en la obra colectiva dirigida por LAUROBA LACASA, M. E. *Garantías reales en escenarios de crisis presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, págs. 149-151. Entre los objetivos de la reforma estaban lograr un sistema de garantías eficiente, flexible y seguro, optar por una visión funcional, rehabilitar el Código Civil como fuente primaria de las garantías y aproximar el régimen belga al resto de regimenes europeos.

Desaparece el término *nantissement* y se utiliza el vocablo *gage* para garantías sobre bienes muebles tanto corporales como incorporeales, presentes o futuros (arts. 7 y 8), distanciándose así de la opción terminológica seguida por el legislador francés de 2006. Como novedades más destacadas, la prenda podrá configurarse con o sin desposesión, y la publicidad frente a terceros se consigue bien mediante el registro de la prenda en un Registro nacional de prendas (arts. 15 y 26-38), o mediante la entrega de la posesión, en el caso de bienes corporales (art. 39). Además, se regula la prenda de bienes futuros y la prenda de créditos.

La reforma ha introducido la reserva de la propiedad (arts. 69-72) y el derecho de retención (arts. 73-76). Sin embargo, no se ha incluido ninguna previsión relativa a la fiducia o transmisión de la propiedad en garantía, por lo que la situación se mantiene en los mismos términos previos a la reforma, es decir, se admiten en la práctica ciertas operaciones que suponen la cesión de un bien en garantía al acreedor cesionario, en la medida en que no se contradigan reglas imperativas o de orden público. T'Kint señala el *leasing*, la venta y la retroventa, el *factoring*, la cláusula de reserva de la propiedad en la compraventa, etc. T'KINT, F. *Sûretés et principes généraux...* cit., págs. 162-163. En la misma línea, VAN OMMESLAGHE, P. “Les sûretés nouvelles issues de la pratique. Développements récents”, en la obra colectiva dirigida por STRANART, A.M. *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Ediciones du Jeune Barreau, 1992, págs. 380-385.

artículo 59<sup>158</sup>, bajo el título “*gage en espèces*”, establece que cuando la prenda se constituye sobre efectivo y se produce la confusión con las cosas del acreedor pignoraticio, este deviene propietario y a la terminación de la prenda deberá restituir al constituyente una cantidad equivalente de la misma moneda. En su tercer párrafo dispone que si el constituyente de la prenda incumple, el acreedor pignoraticio está habilitado para operar una compensación entre la deuda garantizada y el objeto de la prenda, restituyendo el saldo sobrante al constituyente. La ley alude expresamente a la compensación, lo que debiera zanjar la polémica sobre la naturaleza del mecanismo satisfactivo que opera en caso de incumplimiento del deudor y que permite al acreedor apropiarse del objeto de la prenda de forma definitiva. De esta forma, ante el incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor, el acreedor pignoraticio está facultado expresamente por la ley para compensar la deuda pecuniaria garantizada con el dinero entregado en garantía, constituyendo un mecanismo de realización de la garantía natural, sencillo y sin costes.

Por último, el artículo 3:255 del Código Civil holandés (*Burgerlijk Wetboek*)<sup>159</sup> se refiere específicamente a la prenda de dinero, en cuyo caso el acreedor pignoraticio puede cobrar su deuda con el dinero pignorado, tan pronto como venza el crédito principal garantizado, sin necesidad de realizar ningún tipo de notificación previa al deudor pignoraticio, devolviendo al deudor el exceso. Se añade que el acreedor deberá hacerlo así si el

---

<sup>158</sup>Art. 59. *Gage en espèces*

*Si le gage est constitué en espèces et qu'il y a eu confusion chez le créancier gagiste, le créancier gagiste agit en propriétaire tenu, à l'expiration de la convention de gage, de restituer au constituant du gage un montant équivalent de mêmes devises.*

*Sauf convention contraire, le créancier gagiste n'est tenu de payer des intérêts qu'après avoir été mis en demeure.*

*Si le constituant du gage est en défaut, le créancier gagiste est habilité à opérer une compensation avec la créance garantie et il doit restituer le solde au constituant du gage.*

<sup>159</sup>Article 3:255.

*1. Where the pledge consists of money, the pledgee is entitled to take recourse against it according to article 253 without previous notification as soon as his debt has become exigible.*

*He must do so if the grantor of the pledge so demands and if the latter has the right to pay the debt in the pledged currency.*

*2. Article 252 applies mutatis mutandis.*

constituyente de la prenda así lo demanda y si el deudor tiene derecho a pagar en la misma moneda que el dinero pignorado.

Se aplicarán las disposiciones del artículo 3:252 BW, que recogen cómo, salvo pacto en contrario, el acreedor debe notificar que se ha producido la venta del bien pignorado al deudor, al constituyente de la prenda (si fuera persona distinta al deudor) y a aquellas personas que tuvieran un derecho real limitado sobre la cosa. En el caso de la prenda sobre dinero se les notificará que el acreedor garantizado ha procedido a cobrar su deuda con cargo al dinero pignorado<sup>160</sup>.

La figura es similar a la que ha introducido la reforma belga, aunque no se alude a la adquisición de la propiedad sino al régimen de las notificaciones y a la obligatoriedad de la compensación entre el dinero pignorado y la obligación garantizada.

### 2.1.2.- La caución

En Italia y Portugal la expresión “caución” se utiliza en un sentido amplio y genérico como sinónimo de “garantía”, encuadrándose bajo este término figuras diversas y heterogéneas<sup>161</sup>, aunque por otro lado existe en ambos ordenamientos un concepto más restringido de caución.

En el ordenamiento italiano se ha asimilado la caución en sentido estricto o depósito caucional con el depósito de dinero (también denominado “depósito de efectivo”) efectuado por el deudor en manos del acreedor-depositario para garantizar un crédito ya existente o futuro y eventual. La particular naturaleza de la *res* depositada hace que inmediatamente el

---

<sup>160</sup> El BW, en materia de garantías, optó, frente a otros países europeos, por consagrar la prenda sin desplazamiento y prohibir la fiducia sobre bienes muebles corporales (art. 3:84, párrafo 3 BW). Sin embargo, actualmente la doctrina lamenta esta opción puesto que, en virtud de la Convención de La Haya de 1 de julio de 1985 deben reconocerse los *trusts* constituidos en el extranjero, mientras que las transmisiones en garantía efectuadas en Holanda están prohibidas. CROCQ, P. “Las propiedades en garantía en Europa”, en el vol. col. coord. por LAUROBA, M.E, *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2006, págs. 168.

<sup>161</sup> GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 443 y sig. Por tanto el término caución en sentido amplio puede comprender figuras distintas a la prenda irregular. En el mismo sentido, MARTINS LEITÃO. *Da prestação de caução* (4ª edição), Porto, Almeida & Leitão, Lda., 2009, págs. 11-12.

depositario garantizado se convierta en propietario. Si el crédito no nace o se extingue, está obligado a restituir el *tantundem*, mientras que en caso de incumplimiento se apropiaría definitivamente del bien. Este modelo ofrece al acreedor una especie de autotutela satisfactiva, por la que realiza su interés sin acudir a la intervención judicial y al proceso ejecutivo, eliminando los costes y la dilación de este. Así expuesto, se ha señalado que los caracteres identificativos del depósito caucional o en efectivo coinciden con el *modus operandi* de la prenda irregular hasta el punto de identificarse frecuentemente caución en sentido estricto y prenda irregular<sup>162</sup>.

En el caso portugués, el término “*caução*”, en sentido técnico o estricto, designa aquellas garantías que por ley, decisión judicial o negocio jurídico son impuestas o autorizadas para asegurar el cumplimiento de obligaciones eventuales o de cantidad indeterminada<sup>163</sup>. Dispone el artículo 623 del Código Civil:

*Caução imposta ou autorizada por lei*

1. *Se alguém for obrigado ou autorizado por lei a prestar caução, sem se designar a espécie que ela deve revestir, pode a garantia ser prestada por meio de depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos, ou por penhor, hipoteca ou fiança bancária.*
2. *Se a caução não puder ser prestada por nenhum dos meios referidos, é lícita a prestação de outra espécie de fiança, desde que o fiador renuncie ao benefício da excussão.*
3. *Cabe ao tribunal apreciar a idoneidade da caução, sempre que não haja acordo dos interessados.*

A pesar de tipificarse como la primera figura dentro de las garantías especiales<sup>164</sup>, la caución puede consistir tanto en una garantía personal como

---

<sup>162</sup> Así, DALMARTELLO, A. “Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto)”, cit., págs. 320-321 y GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 456.

<sup>163</sup> En ese sentido DE ALMEIDA COSTA. *Direito das obrigações*, 12ª edição, Coimbra, Edições Almedina S.A., 2009, pág. 884. ROMANO MARTÍNEZ, FUZETA DA PONTE. *Garantias de cumprimento*, 5ª edição, Coimbra, Libreria Almedina, 2006, pág. 73. PESTANA DE VASCONCELOS. *Direito das garantias*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, págs. 79-80.

<sup>164</sup> En el ordenamiento luso se hace una primera distinción entre garantías generales de las obligaciones, en las que se incluye la responsabilidad patrimonial universal del deudor, y las

en una garantía real, lo que ha llevado a algunos autores a calificarla como *tertium genus* entre las garantías personales y reales<sup>165</sup>, o como un híbrido entre las garantías personales y reales<sup>166</sup>.

Una de las formas posibles de prestar caución es mediante un depósito de dinero. A este respecto, el actual artículo 666.2 del Código Civil portugués, que contempla la prenda, establece que se tiene como tal el depósito al que se refiere el artículo 623.1 del mismo Código. Según TELES DE MENEZES LEITÃO, la interpretación de esta disposición solo puede explicarse en función de su contexto histórico<sup>167</sup>. En efecto, en los años treinta del siglo pasado, durante la vigencia del Código Civil anterior, se abrió un debate sobre la calificación del depósito de dinero con función de garantía de una obligación, planteándose la doctrina si se trataba de un depósito al que le resultan aplicables las normas propias de ese tipo de contrato, si era una forma de garantía de las obligaciones, en concreto una prenda, o si debía entenderse como una figura autónoma, cuyo régimen jurídico debía deducirse de los principios generales del Derecho, especialmente los deducidos de las normas sobre garantías de las obligaciones.

CUNHA CONÇÂLVES afirmó que, salvo que se tratara de monedas infungibles, como una colección numismática, la entrega de una suma de dinero constituía una *caução* por depósito, y no una prenda porque en este caso, vencida la deuda, sería preciso vender el dinero, lo cual era absurdo<sup>168</sup>.

Por el contrario, ALVES MOREIRA Y PINTO COELHO sostuvieron que se trataba de una prenda, atendiendo fundamentalmente a la finalidad de garantía

---

garantías especiales, que aportan un refuerzo a dicha responsabilidad patrimonial, colocando al acreedor en mejor situación que el resto de acreedores sin garantía especial. Dentro de las garantías especiales se diferencian tradicionalmente las garantías personales, que suponen la vinculación de un tercero al cumplimiento de la obligación, como en el caso paradigmático de la fianza, y las garantías reales, caracterizadas por la afección de una cosa del deudor o de un tercero al aseguramiento del derecho del acreedor, y el otorgamiento de preferencia frente a otros acreedores sobre el valor de dicho bien. Por todos, TELES DE MENEZES LEITÃO. *Garantias das obrigações*, 3ª edição, Coimbra, Edições Almedina S.A., 2012, págs. 14-15.

<sup>165</sup> ROMANO MARTÍNEZ, FUZETA DA PONTE. *Garantias de cumprimento*, cit., pág. 74.

<sup>166</sup> MARTINS LEITÃO. *Da prestação de caução*, cit., pág. 33.

<sup>167</sup> TELES DE MENEZES LEITÃO. *Garantias das obrigações*, cit., nota nº 473, págs. 193-194.

<sup>168</sup> CUNHA GONÇÂLVES. *Tratado de Direito Civil*, Vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, pág. 232.

que justifica la entrega del dinero<sup>169</sup>. La única diferencia existente, para ellos, entre la caución que tiene por objeto una cosa mueble determinada y la que tiene por objeto una cuantía de dinero, se halla en la ejecución, que en el segundo caso no requiere de la venta del objeto. Frente a la afirmación de que la prenda solo podía recaer sobre una cosa mueble cierta que pudiera ser objeto de enajenación, alega PINTO COELHO que en la prenda de créditos tampoco existe venta de ningún objeto para satisfacer al acreedor, y sin embargo se admite en el ordenamiento portugués, preguntándose, incluso, qué diferencia hay entre la prenda de un crédito pecuniario y el que resulta de la caución constituida en dinero<sup>170</sup>.

Se niega que el *depósito-caução* constituya un contrato de depósito porque en este el depositante puede reclamar la restitución del objeto en cualquier momento, y si se mantuviera esta facultad para la caución desaparecería el elemento de garantía<sup>171</sup>.

Todavía durante la vigencia del Código Civil anterior, coincidieron PAULO CUNHA<sup>172</sup> y VAZ SERRA<sup>173</sup> en distinguir, en primer lugar, que si el dinero se trata como cosa infungible, existe una prenda de cosas, mientras que si es tratado como cosa fungible, habrá que distinguir según se entregue al acreedor o a un tercero. En este segundo caso, el tercero se obliga a no restituir ni al acreedor ni al depositante aisladamente hasta el vencimiento de la obligación principal y, en caso de incumplimiento, deberá entregar al acreedor, mientras que si la deuda se cumple, se extingue por otra causa o no llega a nacer, el tercero deberá restituir al depositante. Ambos autores califican esta figura como una prenda que recae sobre el crédito de restitución del depositante.

Menos rotunda es la calificación cuando el dinero se pone en manos del propio acreedor. PAULO CUNHA afirma que en este caso existen dos créditos de signo contrario, sirviendo el crédito a la restitución del

---

<sup>169</sup> PINTO COELHO. “O “depósito” como caução na legislação portuguesa”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 62, nº 2379 y 2380, págs. 19-20, 33-35. Con cita literal de Alves Moreira.

<sup>170</sup> PINTO COELHO. “O “depósito” como caução na legislação portuguesa”, cit., pág. 34.

<sup>171</sup> *Ibidem*, pág. 33.

<sup>172</sup> Transcrito por TELES DE MENEZES LEITÃO. *Garantias das obrigações*”, cit., nota 473, págs. 193-194.

<sup>173</sup> VAZ SERRA. “Penhor”, *Boletim do Ministerio da Justiça* nº 59, Outubro 1956, pág. 112.



depositante-deudor principal como garantía del crédito principal<sup>174</sup>. VAZ SERRA recoge cómo en este caso hay varias posiciones doctrinales, pero tratase de una prenda irregular sobre la cuantía o sobre el crédito a la restitución, o de una compensación o imputación, lo que interesa es el hecho de que este depósito se constituye para garantía del acreedor, colocando en su poder una suma con la cual se satisfará en caso de que el crédito garantizado no sea satisfecho de otro modo<sup>175</sup>.

A la vista de esta discusión, es necesario interpretar de forma restrictiva la afirmación que hace el artículo 666.2 del Código Civil de que se tiene como prenda la caución mediante el depósito de dinero del artículo 623, en el sentido de que de esta remisión no resulta la calificación del depósito-caución como prenda de cosas, sino únicamente la aplicación de su régimen<sup>176</sup>. Cuando se deposita el dinero en manos de un tercero ajeno a la obligación principal existe una prenda de créditos<sup>177</sup>, mientras que si se entrega el dinero al acreedor se aplica el régimen de la prenda de cosas en virtud del juego de las disposiciones comentadas<sup>178</sup>.

---

<sup>174</sup> Lo que parece indicar igualmente la calificación como prenda de crédito. TELES DE MENEZES LEITÃO. *Garantias das obrigações*, cit., pág. 194, nota 473.

<sup>175</sup> VAZ SERRA. “Penhor”, cit., págs. 109-110.

<sup>176</sup> Según TELES DE MENEZES LEITÃO. *Garantias das obrigações*, cit., pág. 194, nota 473, y PESTANA DE VASCONCELOS. *Direito das garantias*, cit., pág. 246, nota 723.

<sup>177</sup> A la que se aplicarían las disposiciones de los artículos 679 a 685 del Código Civil, y, de acuerdo con el propio artículo 679 las normas de la prenda de cosas “*con las necesarias adaptaciones*” y “*en todo lo que no sea contrario a la naturaleza especial de esta prenda o a lo preceptuado en los artículos siguientes*”.

<sup>178</sup> Aunque apunta Pestana de Vasconcelos que cabe otra interpretación, más restrictiva todavía, que supondría considerar el depósito de dinero en manos de tercero como una prenda de créditos, mientras que la entrega de dinero a manos del acreedor constituiría una prenda irregular, que encierra un negocio fiduciario que se rige por reglas diversas de las de la prenda, aunque resultaría incluida en la remisión del artículo 666.2 del Código Civil por lo que en la práctica no difiere de la primera interpretación que propone simplemente aplicar el régimen de la prenda de cosas, aunque su naturaleza no sea ésa. PESTANA DE VASCONCELOS. *Direito das garantias*, cit., pág. 246, nota 723.

Se observa que en Portugal la polémica sobre la entrega de dinero con finalidad de garantía surgió con ocasión de la caución mediante un depósito de dinero, que se acaba considerando como una garantía por el Código de 1966, pero, como se verá, tampoco se abandonó la idea de que el contrato de depósito pudiera desempeñar una función de garantía, entroncando con las teorías italianas respecto al mismo.



En lo que respecta al ordenamiento jurídico alemán, cuando exista obligación de prestar caución pero no se haya dispuesto por negocio jurídico o disposición legal o judicial la forma en la que ha de asegurarse una obligación, se aplicarán los parágrafos 232 a 240 del Código Civil<sup>179</sup>. En ese caso de acuerdo con la primera de estas disposiciones, la caución podrá consistir en un depósito de dinero o títulos, en una prenda de créditos registrados en el Registro Federal de Deuda (*Bundesschuldbruch*) o en el Registro Territorial de Deuda (*Landesshuldbuch*), en una prenda de bienes muebles, en una hipoteca de buques o buques en construcción, en una hipoteca sobre bienes inmuebles, en la pignoración de un crédito hipotecario, de una deuda inmobiliaria o de una deuda sobre fincas en el territorio nacional.

Cuando se presta la caución en forma de depósito de dinero o títulos, se establece que el titular garantizado adquiere un derecho de prenda sobre el dinero o los títulos depositados, aunque si por disposición legal el dinero o los títulos pasaran a propiedad del Tesoro o de una institución designada como depositaria, surgiría un derecho de prenda sobre el crédito a la restitución de aquellos (§ 233 BGB).

## 2.2.- La entrega de dinero o bienes fungibles a un tercero con finalidad de garantía

La entrega de dinero o bienes fungibles a un tercero con finalidad de garantía es calificada en los principales países europeos mayoritariamente como una prenda de créditos. No obstante, en Italia se ha advertido la posibilidad de construcciones más variadas, tanto en clave de garantías reales, como en clave de contrato de depósito. Esta última posibilidad se ha sostenido también en Portugal, cuyo Código Civil de 1966 recibió, al igual que el Fuero Nuevo, una clara influencia del Código italiano de 1942 en materia de depósito en función de garantía.

---

<sup>179</sup> El término alemán es *Sicherheitsleistung*. Los traductores del Tratado de ENNECCERUS, PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER J. lo traducen como “caución”. ENNECCERUS, L. y NIPPERDEY H. C., *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, II, 2ª parte, en la obra colectiva de ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, M. *Tratado de Derecho Civil* 3ª edición, Barcelona, Bosch, 1981, pág. 1109 y sig.

Pero también se considera conveniente aludir aquí a los mecanismos que ofrece el *Common Law* para calificar esta entrega de dinero a un tercero, constituidos fundamentalmente por el *trust* y el *escrow*. A pesar de la aparente lejanía entre los esquemas anglosajones y los continentales, se constatará en las páginas siguientes que en realidad las distancias se reducen y las soluciones se aproximan en gran medida. La doctrina italiana que se ocupó de la figura del depósito con finalidad de garantía ya consideró interesantes y sugestivas las similitudes entre este y las dos figuras propias de los ordenamientos del *Common Law* que se analizarán: el *trust*, concretamente el conocido como *Quistclose trust*, y el *escrow*<sup>180</sup>.

### 2.2.1.- La prenda de créditos

La prenda que recae sobre derechos es admitida y tipificada en los Códigos Civiles de los principales países europeos<sup>181</sup>, no obstante lo cual en algunos países se plantean dudas sobre su naturaleza jurídica<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup>LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante el deposito...”, cit., pág. 466. Nótese que la sentencia del caso *Quistclose* (1970) se dictó el mismo año en que se publicó este trabajo. Con posterioridad, ha resaltado las semejanzas entre el depósito en función de garantía y el *trust* y el *escrow*: GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 170 y sig.

<sup>181</sup> En concreto: artículos 2800 a 2807 del *Codice Civile*; artículos 679 y sig. del Código Civil portugués; artículos 2355 a 2366 del *Code Civil*; § 1273 a 1296 del BGB.

<sup>182</sup> En Francia se ha señalado por parte de la doctrina que la naturaleza de este tipo de garantía es incierta. El actual artículo 2363 del *Code Civil* establece que, si la prenda ha sido notificada al deudor del crédito entregado en garantía, el acreedor pignoraticio puede recibir válidamente el pago del crédito cedido en *nantissement*. Así, el acreedor se beneficia de una situación de exclusividad, a la que no le afectan otras posibles garantías establecidas sobre el mismo crédito, y por ello en realidad la figura podría calificarse como una cesión fiduciaria. Sin embargo, en el *Code Civil* se diferencian claramente la *nantissement* y la cesión del crédito a título de garantía, y la Corte de Casación ha rechazado que aquélla produzca los efectos de una cesión a título de garantía. LEGAIS, D. *Sûretés et garanties...*, cit., págs. 377-378.

En Portugal, algunos autores han considerado la prenda de créditos una modalidad de prenda y, consecuentemente, la califican como un derecho real de garantía cuya particularidad es que recae sobre un crédito. Entre las aportaciones más recientes, Ramos Alves sostiene que atendiendo a la función que desempeña la prenda de créditos, totalmente análoga a la de la prenda de cosas, puede calificarse como derecho real de garantía. Resalta que la prenda de créditos está dotada de eficacia real, dado que confiere al acreedor pignoraticio la facultad de oponer a terceros su derecho de prenda, y por tanto está presente la preferencia que caracteriza los derechos reales. RAMOS ALVES. *Do penhor*, cit., págs. 335-337. Sin embargo, buena parte de la doctrina rechaza considerar la prenda de derechos como un derecho real de garantía, pues los derechos reales solo pueden tener como objeto cosas muebles o inmuebles, y no derechos. Por eso mismo Martínez Romano y Fuzeta Da Ponte encuadran la prenda de créditos como una garantía real y no como un

Para la constitución de la prenda de créditos se exige, bien su constancia por escrito (art. 2800 *Codice Civile*, art. 2356 *Code Civil*), bien la observancia de la misma forma requerida para la transmisión de los derechos pignorados (§1274.1 BGB, art. 681.1 Código Civil portugués). Si el derecho se encuentra incorporado a un título, la prenda requerirá la entrega del título (§1274.1 BGB, art. 2801 *Codice Civile*).

La notificación de la constitución de la prenda al deudor del crédito cedido se exige en todos los ordenamientos, si bien en Italia y Portugal se trata de un requisito de constitución de la propia garantía (art. 2800 *Codice Civile*, art. 681.2 Código Civil portugués) mientras que en Francia y Alemania es un requisito de oponibilidad frente a terceros (§1280 BGB), o frente al deudor cedido (arts. 2361 y 2362 *Code Civil*). En algunos ordenamientos puede prescindirse de la notificación al deudor cedido si este interviene en la formalización de la prenda por escrito (art. 2362 *Code Civil*) o acepta la constitución de la prenda (art. 681.2 Código Civil portugués; el art. 2800 del *Codice Civile* exige que la aceptación conste en escritura de fecha cierta).

La realización de la prenda de créditos presenta particularidades respecto a la prenda ordinaria y la prenda irregular. Por un lado, el acreedor garantizado no puede satisfacer su derecho directamente sobre el objeto pignorado<sup>183</sup> sino que debe reclamar el cumplimiento del crédito pignorado a un tercero, el deudor cedido. Por otro lado, salvo que se hayan incluido cláusulas de vencimiento anticipado, el crédito pignorado y el crédito garantizado vencerán en momentos diferentes. En líneas generales las soluciones ofrecidas por los diferentes ordenamientos son similares, aunque con matices importantes. Se reconoce al acreedor pignoraticio la facultad de reclamar el crédito pignorado al deudor cedido en el momento de su vencimiento (art. 2803 *Codice Civile*, art. 685 Código Civil portugués) y se

---

derecho real de garantía, aunque reconocen que el legislador no ha establecido diferencias entre las dos categorías, declarando incluso aplicables a la prenda de créditos las disposiciones relativas a la prenda ordinaria (art. 679 CC). ROMANO MARTÍNEZ, FUZETA DA PONTE. *Garantias de cumprimento*, cit., págs. 168-169. Teles de Menezes por su parte incluye la prenda de créditos entre las garantías especiales sobre derechos. TELES DE MENEZES LEITÃO. *Garantias das obrigações*, cit., pág. 285.

<sup>183</sup> Bien sea mediante la promoción de la venta del bien que obra en su poder, o mediante la adjudicación de su propiedad (en los ordenamientos en los que se admite esta posibilidad), o bien mediante la compensación como en la prenda irregular.

Esta peculiaridad también se produce en la prenda ordinaria cuando el objeto pignorado se entrega a un tercero.

distingue según que el crédito garantizado venza antes o después que el crédito pignorado.

Si vence el crédito pignorado y el crédito garantizado se encuentra pendiente, el acreedor garantizado que recibe el crédito pignorado debe esperar al vencimiento de la obligación principal y verificar entonces si se produce el cumplimiento de dicha obligación por parte del deudor constituyente de la prenda. Entretanto, ha de establecerse el destino de la prestación recibida por el acreedor pignoraticio:

- En Italia, si la prestación pignorada está constituida por una cosa determinada, una vez que el acreedor pignoraticio recibe su posesión surge a su favor un derecho de prenda. Si el objeto del crédito pignorado lo conformaban dinero o cosas fungibles, a petición del deudor principal, el acreedor debe depositarlas en el lugar acordado o en el que determine el Juez (art. 2803 *Codice Civile*)<sup>184</sup>.
- En el caso de Portugal, se establece que la prenda pasa a recaer sobre la cosa entregada, produciéndose una subrogación real (art. 685 Código Civil). No obstante, para el muy frecuente supuesto de que el objeto de la prestación consista en una cuantía pecuniaria, la entrega de la misma tendrá que ser hecha a los dos acreedores conjuntamente (acreedor del crédito pignorado-constituyente de la prenda, y acreedor pignoraticio). Se establece así para evitar el riesgo de pérdida de las sumas si se entregan solamente al acreedor pignoraticio<sup>185</sup>. Si no hay acuerdo entre los interesados en ese sentido, el deudor del crédito pignorado podrá consignar la cantidad (art. 685.2 CC).
- En Francia se obliga al acreedor a conservar la suma recibida a título de garantía, depositándola en una cuenta abierta en un establecimiento habilitado a tales fines, hasta el vencimiento del crédito garantizado (art. 2364 *Code Civil*). El objeto de la prenda deja de ser un crédito y pasa a ser una prenda sobre bienes

---

<sup>184</sup> La ley no ha querido que surja una prenda irregular solo por voluntad del acreedor, y necesita que el deudor lo consienta tácitamente no exigiendo que se deposite el dinero. Por efecto del depósito, surgirá una prenda de créditos frente al depositario. GORLA, G., ZANELLI, P. “Del pegno. Delle ipoteche”, en *Commentario del Codice Civile a cura di Francesco Galgano*, Libro VI, 4ª edizione, Zanichelli editore, Bologna, págs. 160-161.

<sup>185</sup> ANTUNES VARELA. *Das Obrigações em geral*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 1990, pág. 531.

fungibles<sup>186</sup>. En caso de incumplimiento posterior por el deudor pignoraticio, y ocho días después de su constitución en mora, el acreedor puede destinar la suma al reembolso de su crédito mediante la compensación.

- En el caso alemán, de acuerdo con el §1281 del Código Civil, el deudor del crédito pignorado puede cumplir conjuntamente frente al deudor y al acreedor pignoraticio, y cualquiera de ellos puede reclamarle el pago, o que, en su lugar, la cosa se deposite a favor de ambos o que se consigne a disposición judicial. Se trata de una suerte de “administración conjunta de la prenda” por el deudor pignorante y el acreedor pignoraticio<sup>187</sup>.

Si el crédito garantizado vence antes que el crédito pignorado, en caso de que el deudor pignoraticio cumpla la obligación garantizada, la prenda sobre el crédito obviamente se extingue. Pero en caso de incumplimiento del deudor, se ofrecen nuevamente soluciones diferentes:

- Según el artículo 2803 del *Codice Civile* italiano, el acreedor puede retener el dinero recibido en cuantía suficiente para satisfacer su deuda, y debe restituir al constituyente el sobrante, o, si se trata de cosas distintas a dinero, puede promover su venta o reclamar que se le asigne de acuerdo con los artículos 2797 a 2798 del *Codice Civile*.
- En el caso francés, el artículo 2365 del *Code Civil* permite al acreedor elegir entre:
  - Atribuirse el crédito pignorado y los derechos accesorios a este, en pago de la deuda. Esta atribución puede revestir dos formas: atribución judicial, según las normas comunes, o atribución en los términos previstos en el contrato, esto es, cuando las partes hayan estipulado un pacto comisorio.
  - Esperar a que el crédito pignorado venza, para recibir el pago directamente del deudor cedido y compensar su importe con el de la deuda garantizada.

---

<sup>186</sup>ARANA DE LA FUENTE, I. “La reforma francesa...”, cit., pág. 32.

<sup>187</sup>HEDEMANN, J.W. *Tratado de Derecho Civil, Vol. II, Derechos reales*, Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1955, pág. 515.

- En Alemania se establece que cuando se trata de créditos de dinero el acreedor pignoraticio puede cobrar el crédito pignorado, recibiendo la cantidad correspondiente, con obligación de entregar el sobrante al deudor pignoraticio (§ 1282 BGB), sin necesidad de intervención judicial.

Cuando el dinero o, en el supuesto menos frecuente, los bienes fungibles, se entregan a un tercero para garantía de una obligación, en Francia y Portugal mayoritariamente se considera que la garantía no recae sobre el dinero, cuya propiedad se ha transferido al tercero, sino que recae sobre el crédito a la restitución. Por ello la figura se encuadra como una prenda de créditos y se le aplica el régimen expuesto<sup>188</sup>.

La reforma de las garantías en el *Code Civil* francés ha introducido el artículo 2360, que recoge la citada opinión mayoritaria, pues se califica de *nantissement* de cuenta bancaria la afectación del saldo de una cuenta bancaria activa, abierta a nombre del deudor y que no se encuentre bloqueada. El crédito pignorado es el saldo acreedor, provisional o definitivo, el día de la realización de la garantía. Como especialidades, se establece la obligación de regularizar las operaciones en curso el día de realización de la garantía y que, en caso de apertura de un procedimiento colectivo contra el

---

<sup>188</sup> Entre los autores franceses: BROS, S. “Le gage-espèces”, *Droit & Patrimoine* n° 161, juillet-aout 2007, pág. 80. LEGEAIS, D. “Le gage-espèces après la réforme des sûretés”, cit., pág. 70. BOUGEROL-PRUD’HOMME, L. *Exclusivité et garanties de paiement*, cit., pág. 234. JOBARD-BACHELLIER, M.N., BREMOND, V. *Droit civil. Sûretés, publicité foncière. 16<sup>a</sup> édition*, Paris, Dalloz, 2009, pág. 99.

Entre los autores portugueses: TELES DE MENEZES LEITÃO. *Garantias das obrigações*, cit., pág. 294. PESTANA DE VASCONCELOS. *Direito das garantias*, cit., págs. 334-335. ROMANO MARTÍNEZ, FUZETA DA PONTE. *Garantias de cumprimento*, cit., págs. 79-80.

En contra, Meneses Cordeiro sostiene que la prenda de cuenta bancaria no puede ser un derecho real de garantía (como tampoco la prenda de créditos, que no recae sobre una cosa corpórea) sino que constituye una garantía personal que consiste en la autorización de descontar determinadas sumas de la cuenta garantizada. MENESES CORDEIRO. *Manual de Direito bancário*, 4<sup>a</sup> ed. Coimbra, Almedina, 2010, págs. 727-728. En este sentido se pronunció el Tribunal da Relação do Porto, en su sentencia de 3 de octubre de 1996. No obstante, y a pesar de algunas sentencias en ese sentido, parece que el Tribunal Supremo se ha decantado por entender que la prenda de cuenta bancaria es una modalidad de prenda de créditos, que se caracteriza por la afección del crédito nacido del depósito bancario, cuyo saldo la entidad depositaria no puede movilizar, al pago de las deudas garantizadas, y por autorizar al banco para descontar del saldo de la cuenta afectada en garantía las sumas pendientes de pago al vencimiento de la deuda principal (Acórdão del Supremo Tribunal de Justiça de 7 de mayo de 2009). En el mismo sentido, Acórdão del Tribunal da Relação do Porto, de 4 de marzo de 2013.

constituyente, el derecho del acreedor garantizado sobre el saldo de la cuenta se refiere al día de apertura del procedimiento.

En Italia, la doctrina se divide entre aquellos que califican la figura como prenda de créditos<sup>189</sup>, y los que admiten la prenda irregular en manos de tercero, opción que goza del favor jurisprudencial<sup>190</sup>, mientras que en Alemania la prenda de créditos fue sustituida en la práctica por la cesión fiduciaria del crédito, ante los graves inconvenientes que se le atribuían a aquella<sup>191</sup>.

### 2.2.2.- El caso italiano: prenda irregular en manos de tercero y depósito fiduciario

Tal y como se ha anunciado al inicio, en Italia se ofrecen interpretaciones distintas a la prenda de créditos para calificar como garantía real la entrega de dinero a un tercero, aunque hay que advertir que son atípicas y no exentas de discusión.

En primer lugar, el artículo 1851 del *Codice Civile* prevé únicamente la prenda irregular constituida en manos del acreedor, y resulta controvertido si esta puede constituirse en manos de un tercero. El problema es, tanto si se defiende la teoría de la causa *solvendi* como la de la causa *credendi*, que al entregarse las cantidades a un tercero en lugar de al acreedor no puede producirse ni efecto solutorio ni compensación.

Sin embargo, la Corte de Casación, en una sentencia de 28 de marzo de 1956, admitió la prenda irregular en manos de tercero, entendiendo que cuando el dinero dado en prenda se entregue a manos de un banco o, en general, a un tercero, se instaura una relación trilateral, y la constitución de la prenda irregular viene acompañada, funcionalmente, de una relación de

---

<sup>189</sup> Es el caso de: DALMARTELLO, A. “Pegno irregolare”, cit., pág. 804. Con cita de diversos autores GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 544.

<sup>190</sup> La prenda irregular en manos de tercero será tratada en el epígrafe siguiente y en el Capítulo III, epígrafe 2.1.

<sup>191</sup> Por todos, SERICK, R. *Garantías mobiliarias...*, cit., págs. 79-84. La prenda de créditos encontraba como inconvenientes la necesidad de notificación al deudor del crédito pignorado, que implicaba revelarle la necesidad de crédito de su propio acreedor, y la imposibilidad de pignorar créditos futuros ateniéndose al régimen del BGB.

depósito irregular, en virtud del cual el banco depositario asume la obligación de no restituir el *tantundem* al concedente o al acreedor hasta que el crédito garantizado haya vencido y según se haya satisfecho o no. Esta entrega de dinero para garantía de una obligación se denomina depósito caucional o depósito en metálico (*deposito in contanti*)<sup>192</sup>.

En segundo lugar, también ha crecido la tendencia, conforme a lo defendido por GRASSETTI en 1941, de examinar la figura del depósito con finalidad de garantía desde la óptica fiduciaria, empleándose incluso la expresión “depósito fiduciario”<sup>193</sup>.

A pesar de las discrepancias sobre la categoría del negocio fiduciario, GRISI señala cómo la observación de la experiencia de los países del *Common Law* ha servido de impulso para la construcción del depósito en función de garantía desde la óptica de la fiducia, en particular por la influencia de los institutos del *trust* y del *escrow*, que tienen una amplia tradición en aquellos ordenamientos y que, sin embargo, encuentran problemas de recepción en los países continentales por la dificultad de admitir la separación o segregación de la propiedad que supone el *trust*, que se presta a utilizaciones impropias en perjuicio de terceros, fundamentalmente de los acreedores del fiduciante, y que puede resultar contrario a normas imperativas, principalmente a la prohibición del pacto comisorio<sup>194</sup>. Se plantea, no obstante las dificultades dogmáticas, que la transmisión fiduciaria puede servir de vehículo para alcanzar las mismas funciones prácticas que se obtienen con estos institutos, esquivando los problemas que supone la introducción del *trust* en los países del *Civil Law*. En el caso italiano, la ratificación de la Convención de La Haya de 1985 relativa a la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento, en vigor en ese país desde el 1 de enero de 1994, ha supuesto que no pueda considerarse el *trust* extranjero inadmisibles y ha facilitado su utilización.

### 2.2.3.- El contrato de depósito con función de garantía

Por último, en Italia y también en Portugal se ha planteado la posibilidad de que la entrega de dinero a un tercero para garantizar el

---

<sup>192</sup>MERZ, S., MADONNA, R., SGUOTTI, P. *Manuale pratico dei privilegi...*, cit., pág. 464.

<sup>193</sup>Así lo denomina GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 158 y sig.

<sup>194</sup>*Ibidem*, pág. 171.



cumplimiento de una obligación pueda calificarse como un contrato de depósito.

De forma más amplia y global que LUPOI, quien puso de manifiesto cómo el depósito en determinadas circunstancias puede cumplir una función de garantía, GRISI sostiene que dicho tipo contractual es apto para desempeñar una función de garantía a través de dos vías: en términos de negocio típico de depósito adaptado a la finalidad de garantía, o como verdadero contrato de depósito dotado de polivalencia funcional<sup>195</sup>. Reconoce que tradicionalmente se ha entendido que la finalidad de guarda es la causa del depósito, pero no hay obstáculo para admitir que el esquema negocial del depósito es elástico, susceptible de emplearse para fines diversos y/o ulteriores a la guarda de la cosa. El legislador italiano de 1942 no habría ignorado que la figura del contrato de depósito puede válida y eficazmente cumplir una finalidad de garantía, cuya demostración más evidente está en el artículo 1773, que prevé el depósito en interés de un tercero y que pretendió recoger la figura analizada por la sentencia de la Corte de Casación de 1937<sup>196</sup>.

En Portugal, durante los trabajos preparatorios del nuevo Código Civil<sup>197</sup>, VAZ SERRA se hizo eco del artículo 1773 del *Codice Civile*, y afirmó que, si bien en el contrato de depósito la finalidad de custodia de la cosa en interés del depositante es la primordial, ello no obsta a que el depósito desempeñe “*otro fin (indirecto, atípico, anormal, o como mejor quiera llamarse) fundamental, en la intención de las partes*”, señaladamente, la finalidad de garantía<sup>198</sup>. El Código Civil de 1966 en su artículo 1193 recogió la figura del depósito efectuado en interés de tercero, de forma casi idéntica al artículo 1173 del Código italiano de 1942 y a la posterior ley 552 del Fuero Nuevo, estableciendo que si el depósito se ha efectuado en interés de un tercero y este ha comunicado al depositario su aceptación, el depositario no

---

<sup>195</sup> Además de poder construirse en clave de negocio fiduciario, marcado de una autónoma *causa fiduciae*. *Ibidem*, págs. 217-219.

<sup>196</sup> Ya se ha aludido a esta disposición en el epígrafe 1.3.2.1 de este mismo Capítulo, donde se apuntó que la identificación entre el supuesto del caso *Cavallini c. Galassi* y el del artículo 1773 del *Codice Civile* fue superada.

<sup>197</sup> Ya antes del Anteproyecto de Código Civil de Vaz Serra había sido planteado por De Carvalho en su estudio sobre el negocio indirecto la posibilidad de que el depósito desempeñara de forma ulterior o indirecta a su función típica de custodia la finalidad de garantía. DE CARVALHO. “Negocio jurídico indirecto”, cit., págs. 3-4, 20, 64, 129.

<sup>198</sup> VAZ SERRA. “Penhor”, cit., págs. 113-114.

puede liberarse restituyendo la cosa al depositante sin consentimiento de aquel.

La expresa inclusión del artículo 1193 se entiende que abrió la posibilidad a que el contrato depósito desempeñara una función de garantía, cuestión de la que también se ha ocupado la doctrina portuguesa, muy influenciada por las tesis italianas. Recientemente, MORAIS ANTUNES, en la línea de GRISI, ha sostenido que el depósito es un instrumento adecuado para conseguir una función de garantía, sin recurrir a la categoría del negocio indirecto<sup>199</sup>.

Así, en los ordenamientos italiano y portugués se admite que el depósito desempeñe una función de garantía, bajo diferentes formas, que tienen en común la presencia ineludible de tres sujetos<sup>200</sup>:

- a) Depósito en interés de tercero: se trata de una figura tipificada en los ya citados artículos 1773 del *Codice Civile*, y 1193 del Código Civil portugués, así como en la ley 552 del Fuero Nuevo.
- b) Depósito a favor de tercero, concretamente depósito a favor de sujeto alternativamente determinado: comprende todos los casos en que, siendo incierto si una determinada cosa ha de ser entregada al acreedor (por ej. el precio debido en una compraventa sujeta a condición suspensiva), las partes acuerdan que el deudor la deposite en manos de una persona de confianza de ambas, a quien se le dan instrucciones para que, en función de la verificación o no de la referida condición, entregue la cosa al acreedor o la restituya al depositante<sup>201</sup>.
- c) Secuestro convencional (art. 1798 *Codice Civile*, arts. 1202-1204 Código Civil portugués). Lo que explica el recurso al depósito en esta variante del contrato es la existencia de un litigio o contienda entre el depositante y el beneficiario.

---

<sup>199</sup> MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., pág. 141 y sig. Los argumentos para concluir que el depósito es susceptible de desarrollar una función de garantía, no obstante, no son coincidentes con los de Grisi. Con más detenimiento, Capítulo III, epígrafe 3.2.

<sup>200</sup> Más adelante se analizará si realmente constituyen todas ellas modalidades de contrato de depósito.

<sup>201</sup> MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., pág. 81.

### 2.2.4.- El *trust*. En particular, el *Quistclose trust*

Es difícil ofrecer una única definición del *trust*, puesto que se trata de una figura flexible, versátil, y que puede desempeñar diferentes funciones. El *trust* constituye un patrimonio separado creado por el constituyente (*settlor*), cedido a unos fiduciarios (*trustees*) con el fin de que lo administren de acuerdo con sus instrucciones a favor de uno o más beneficiarios (*beneficial owners*) y gobernado por un documento o escritura fundacional<sup>202</sup>.

El constituyente, que puede ser también beneficiario, se desprende de la propiedad del bien, transmitiendo la titularidad nominal (*legal ownership*) al *trustee*, y la titularidad real (*beneficial ownership*) al beneficiario.

Aunque el *trust* no es una figura de garantía, puede desempeñar esta función, bien asegurando al acreedor de un préstamo o compraventa que el dinero o el precio queda depositado separadamente hasta la realización del propósito del préstamo o la entrega del bien, o bien reservando bienes para los beneficiarios, abstrayéndolos con la constitución del patrimonio separado del poder de agresión de los acreedores del *trustee*<sup>203</sup>.

En especial existe un tipo de *trust* que captó la atención de la doctrina italiana, por su relación con el depósito con finalidad de garantía, y cuyos hechos guardan una gran similitud con los que dieron lugar a los pronunciamientos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de diciembre de 2008, en la que se entendió que existía un depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN). Se trata del *Quistclose trust*, cuyo origen está en una sentencia de *the House of Lords* de 1970<sup>204</sup>.

Los hechos que motivaron esta sentencia *Barclays Bank Ltd. V. Quistclose Investments Ltd.* (1970) son los siguientes. En 1964 una empresa

---

<sup>202</sup> MOWBRAY J., LYNTON TUCKER, M.A., LE POIDEVIN, N. SIMPSON, E. *Lewin on trusts*, 17ª edición, London, Sweet & Maxwell, 2000, pág. 3. PENNER, J.E. *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pág. 15. DE ARESPACOHAGA, J. *El trust, la fiducia y figuras afines*. Madrid, Marcial Pons, 2000, pág. 33.

<sup>203</sup> GRAZIADEI, M. "The trust as security device: some comparative observations", en el volumen colectivo dirigido por LAUROBA LACASA, M.E. *Garantías reales en escenarios de crisis presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, págs. 110-112.

<sup>204</sup> Hasta 2009, el órgano judicial máximo en el Reino Unido era *the House of Lords*, por encima de *the Court of Appeal*, e integrado en el órgano legislativo del mismo nombre, *House of Lords* o Cámara de los Lores. En 2009 se creó un órgano específico, *the Supreme Court*, como órgano judicial superior e independiente de los órganos legislativos.

en dificultades económicas, *Rolls Razor Ltd.*, reconoció el pago de un dividendo a sus accionistas. Para hacer frente al mismo, la empresa solicitó un préstamo por el total de la suma del dividendo a una financiera, *Quistclose Investments Ltd.*, que accedió y transfirió el dinero a una cuenta separada de *Rolls Razor* en el *Barclays Bank*. El dividendo no había sido pagado aun a los accionistas cuando *Rolls Razor* entró en concurso de acreedores. *Quistclose Investments* reclamó a *Barclays Bank* la devolución íntegra del dinero depositado, afirmando que existía un *trust* sobre el mismo y por tanto debía serle devuelta la totalidad del dinero, y así lo reconoció la sentencia.

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de diciembre de 2008, el Gobierno de Navarra había concedido a la mercantil Saizar, S.A.L., al amparo de lo previsto en una Ley Foral de ayuda a empresas en dificultades, un "*anticipo reintegrable de una cuantía total de 240.404,84€ en una cuenta en la entidad Caja de Ahorros de Navarra para financiar las actividades que fueran precisas realizar en aplicación del plan de viabilidad*" de esa mercantil, destinando el dinero a pagar las cantidades propias de la línea de descuento y anticipo de facturas que la empresa tenía concertada con la citada Caja. Al solicitar la mercantil la suspensión de pagos, el Gobierno de Navarra reclamó judicialmente a Caja de Ahorros de Navarra la devolución de la cantidad sobrante y obtuvo el reintegro de todas las cantidades que habían sido destinadas a finalidades distintas a la expresamente prevista. La Audiencia Provincial consideró que existía un depósito en garantía, en el que la Caja era la acreedora garantizada<sup>205</sup>.

En ambos casos se trata de préstamos concedidos a empresas en dificultades económicas. El dinero se deposita en una cuenta bancaria específica y separada, y se establece un destino concreto para el mismo, pagar el dividendo a los accionistas en el caso inglés, y hacer frente a una línea de descuento en el caso navarro. La decisión judicial, en ambos casos, y sin examinar los mecanismos que conducen a esta solución, es que el dinero depositado solo puede destinarse a la finalidad específica para la que se concede el préstamo y, ante la incapacidad de alcanzarse aquella tras el concurso de la empresa prestataria, el dinero debe ser reintegrado al prestamista.

---

<sup>205</sup> Sin embargo, a la luz del caso *Quistclose*, podría considerarse a la citada Caja como *trustee*, o depositaria en garantía, siendo los acreedores garantizados los acreedores por facturas impagadas. En cualquier caso, más adelante se analizará si realmente los hechos pueden subsumirse en la ley 474 del Fuero Nuevo.

Es pertinente el estudio de las construcciones que se han manejado sobre el *Quistclose trust*, siquiera de forma abreviada, primero por la similitud entre los supuestos citados; segundo, principalmente por la presencia de una relación trilateral similar a la que existe en el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN), en el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado e incluso en el *escrow*<sup>206</sup>; y, tercero, por los efectos que produce el *Quistclose trust*, en comparación con los que produce el depósito en garantía en manos de tercero<sup>207</sup>.

La sentencia de *the House of Lords*, dio la razón a *Quistclose* afirmando LORD WILBERFORCE que existía un *trust* “primario” a favor de los acreedores de *Rolls Razor*, es decir, sus accionistas, y un *trust* “secundario” a favor del prestamista, *Quistclose*, para el caso de que el propósito del préstamo no pudiera cumplirse, como fue el caso. Así, se distinguen dos fases: la primera, mientras el propósito del préstamo es susceptible de cumplimiento, y la segunda, cuando ya no es posible dicho cumplimiento.

Esta sentencia era acorde con una línea jurisprudencial anterior que tenía establecido que si el dinero se presta a un deudor con la única finalidad de pagar a sus acreedores, el dinero no pasa a formar parte de los activos del deudor sino que hace surgir un *trust* implícito<sup>208</sup>. Sin embargo, dio inicio a una polémica académica y también judicial en la que se han defendido diferentes construcciones sobre este *trust*, que ha sido calificado como un

---

<sup>206</sup> La relación entre estos negocios se analizará en el Capítulo III, especialmente en los epígrafes 3.4 y 3.5.

<sup>207</sup> Véase Capítulo III epígrafe 4.

<sup>208</sup> Para entender las teorías que se han defendido sobre el *Quistclose trust* resulta útil la distinción entre *trusts* expresos y *trusts* implícitos. El *trust* expreso (*express trust*) surge como consecuencia de un acto o negocio jurídico, *inter vivos* o *mortis causa*, mientras que el *trust* implícito es establecido por la ley con independencia de la voluntad de las partes, sin que exista un acto previo dirigido a la creación del *trust*. Por esta vía la jurisprudencia ha solucionado situaciones que podían generar un enriquecimiento injusto o una situación de abuso. Dentro de los *trusts* implícitos se distingue entre *resulting trust*, que comprende diferentes supuestos en los que se presume la intención de la parte que transfiere una propiedad a otra de crear un *trust*, evitándose así que se produzca una donación a favor de un tercero, y *constructive trust*, que surgen por imposición legal al margen de la voluntad del constituyente. CHECA MARTÍNEZ, M. *El trust angloamericano en el Derecho español*. Madrid, McGrawHill, 1998, pág. 13 y sig.

*trust* expreso, como *resulting trust*, como *constructive trust*, como un *trust sui generis*, e incluso como un derecho contractual<sup>209</sup>.

LORD WILBERFORCE no explicó en la sentencia *Quistclose* la naturaleza de estos sucesivos *trusts*, primario y secundario<sup>210</sup>, y su construcción ha generado discusión fundamentalmente por dos cuestiones: primero, por el problema del origen de los *trust*, es decir, cómo surgen realmente el *trust* primario y secundario, y, segundo, por la designación de quién es verdaderamente el beneficiario en el *trust* primario.

En cuanto a la primera de las cuestiones, LORD WILBERFORCE hizo hincapié en que la intención de las partes al celebrar el préstamo era crear un *trust*, para destinar el dinero a un propósito específico y que el dinero fuera recuperado por el prestamista en caso de imposibilidad de alcanzar ese propósito. Se ha tachado de artificial esta afirmación de que existe semejante voluntad implícita, siendo difícil considerar que eso fue lo que realmente pretendieron las partes, e incluso defendiendo algún autor que en realidad es el Tribunal quien afirma la voluntad de las partes en ausencia de indicación expresa<sup>211</sup>.

El segundo problema fundamental es en quién reside el *beneficiary interest*<sup>212</sup>. En *Quistclose*, el *trust* primario se supone a favor de los accionistas, pero realmente no existe una obligación positiva de tratar el dinero como suyo, y por tanto nunca se consideraron verdaderos beneficiarios. Por ejemplo, no es sostenible entender que ellos adquieran los intereses o rendimientos que produzca el dinero depositado, o que puedan poner fin al *trust* por su sola voluntad. Además, si se afirmara que la *beneficial ownership* recae en los acreedores, siendo ellos los beneficiarios, el

---

<sup>209</sup> Véase LUSINA HO and P. ST. J. SMART. “Reinterpreting the Quistclose Trust: a critique of Chambers’ analysis”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 21, nº 2 (2001), pág. 267.

<sup>210</sup> Se dice que él mismo y el resto de Lores no consideraron la decisión polémica, sino acorde con la línea jurisprudencial anterior, de ahí la innecesariedad de más explicación. EDWARDS, J. “Quistclose Trusts: was Lord Wilberforce right after all?” *Trusts and Trustees*, vol. 19, nº 2, March 2013, pág. 177.

<sup>211</sup> SMOLYANSKY, M. “Reining in the Quistclose trust: a response to Twinsectra v Yardley”, *Trusts and Trustees*, vol. 16, nº 7, August 2010, págs. 560-562.

<sup>212</sup> *The House of Lords* afirmó en *Quistclose* que el prestamista retiene un *equitable right* para que los fondos se apliquen al propósito primario, pero se le ha opuesto que no puede convivir este derecho del prestamista con la consideración de los accionistas como verdaderos beneficiarios. GLISTER, J.A. “The nature of Quistclose Trusts: classification and reconciliation”, *Cambridge Law Journal* 63 (3), November 2004, págs. 637-639.

prestamista carecería de ningún derecho a recuperar el dinero en caso de insolvencia del prestatario. No es esa en absoluto la solución sostenida por el Tribunal.

Para salvar los obstáculos de la construcción de LORD WILBERFORCE, CHAMBERS propuso una teoría alternativa que ha sido acogida parcialmente en *Twinsectra v. Yardley*<sup>213</sup> y ha reavivado la polémica. Su lectura consiste

---

<sup>213</sup>*Twinsectra Ltd. v. Yardley* (2002) AC 567. Los hechos básicos son los siguientes: Yardley necesitaba un millón de libras para la compra de suelo urbano, y consiguió un préstamo de Twinsectra, que exigió una garantía personal. Se ofreció como garante Sims, abogado de Twinsectra, que debía a Yardley 1,5 millones, y que recibiría el dinero en una cuenta suya. Sims se obligó a retener el dinero en la cuenta hasta adquirir la propiedad, y utilizarlo únicamente para ese propósito. Sin embargo, Yardley ordenó, y Sims realizó, pagos para distintas finalidades, que no fueron la prevista. Yardley y Sims se declararon en quiebra.

La diferencia fundamental con *Quistclose* radica en que aquí no puede surgir un *trust* primario porque no hay personas identificables para recibir el dinero. Además, el propósito principal no era inalcanzable, puesto que la compra del terreno todavía era posible. SMOLYANSKY, M. “Reining in the Quistclose...”, cit., págs. 559-560.

Lord Millet afirmó en *Twinsectra v. Yardley* que el *beneficial interest* permanece en el prestamista, aunque no exista una intención positiva de retenerlo, resolviendo una de las lagunas del análisis de Lord Wilberforce en *Quistclose*. Así surgirá un *resulting trust* y el prestamista podrá recuperar el dinero en caso de un mal uso por el prestatario.

Se le ha criticado que no es racional pensar que las partes en un acuerdo tan complejo como el del caso concreto no asignaran el *beneficial interest* a nadie, y que si su intención no fue que el prestamista retuviera dicho derecho, la intención no puede ser otra que transmitirlo al prestatario, no dejarlo en un limbo. SMOLYANSKY, M. “Reining in the Quistclose...”, cit., pág. 561.

El propio Lord Millet rebatió que para decidir la identidad del beneficiario, el Tribunal debe en primer lugar aclarar la naturaleza de los derechos y obligaciones que surgen del acuerdo de préstamo entre las partes, y, segundo, calificar jurídicamente los hechos, cuestión que no depende de la intención de las partes. Si su intención es que la *beneficial ownership* no recaiga en el prestatario ni en un tercero, el Tribunal debe localizarla en algún sujeto, en este caso, en el prestamista. LORD MILLET. “The Quistclose trust-a reply”, *Trusts and Trustees*, vol. 17, n° 1, February 2011, págs. 7-16.

También se le ha criticado que, bajo la tesis contractual, la recuperación del dinero por el prestamista en caso de insolvencia del prestatario supone transgredir el principio de *pari passu* previsto en el Derecho de la insolvencia, convirtiendo en garantizado un préstamo que no lo era. SMOLYANSKY, M. “Reining in the Quistclose...”, cit., págs. 563-565. Smolyansky acaba defendiendo la aplicación de la doctrina *Quistclose* solo a los casos de préstamos para reflotar empresas en dificultades económicas, y afirma la existencia de un *constructive trust*, en lugar de un *resulting trust*, porque así se evita que se presuma la intención de las partes.

En respuesta a esta crítica, Lord Millet argumentó que, en efecto, en una situación de insolvencia, el pago del deudor con su propio dinero a sus acreedores sería contrario al principio de *pari passu*, según el cual los acreedores ordinarios cobran a prorrata de su deuda. Sin embargo, los pagos por un tercero, o por el deudor con dinero de un tercero no son contrarios a dicho principio, puesto



en afirmar que el préstamo inicial del deudor no crea un *trust*, evitando así el problema de localizar el *beneficiary interest* en un tercero o en el propio prestamista<sup>214</sup>. El deudor recibe la *beneficial ownership*, sujeto a un derecho contractual del prestamista de evitar que el dinero se use para un propósito distinto al establecido. Si este se convierte en inalcanzable, el prestamista queda protegido por un *resulting trust* a su favor, que surge porque su intención no fue que el prestatario mantuviera la *beneficial ownership* del dinero para ninguna otra finalidad. Bajo este *resulting trust*, el prestamista ejercería su derecho de recuperar los fondos depositados.

Las interpretaciones más recientes han sostenido que el *Quistclose trust* no encaja en ninguna categoría conocida de *trust*, y por tanto debe considerarse un *trust sui generis*, cuya naturaleza podría variar de acuerdo con las circunstancias<sup>215</sup>.

---

que el dinero nunca formó parte de los activos del insolvente. No existe una reducción de la masa activa que perjudique a los acreedores, porque el dinero nunca entró en el patrimonio del insolvente LORD MILLET. “The Quistclose trust...”, cit., pág. 16.

<sup>214</sup>CHAMBERS, R. “Resulting trusts”, 1997. Citado por LUSINA HO and P. ST. J. SMART. “Reinterpreting the Quistclose Trust...”, cit., pág. 269 y sig.

Esta tesis también ha sido criticada. En primer lugar, porque se aplica solo a supuestos en los que se haga un mal uso de los fondos por parte del prestatario, no a aquellos casos en los que el propósito no puede cumplirse, y no es aplicable a los casos en los que no exista un contrato entre las partes. En segundo lugar se ha objetado que en la primera fase, mientras solo existe un derecho contractual, no es justificable que el prestamista pueda perseguir los bienes frente a terceros (*tracing order*, propia del *trust*, pero no de un derecho contractual). Chambers lo defiende argumentando que el receptor del dinero queda obligado por un *resulting trust*, teniendo el prestamista el *beneficial interest* y por tanto el derecho de perseguir los bienes. Se le critica que en este momento todavía no se han destinado los fondos a un propósito no autorizado, por lo que todavía no existe el incumplimiento necesario para que surja un *resulting trust*. Además, para que surja este *resulting trust* (o un *trust* de cualquier tipo) la propiedad debe estar en manos del *trustee*, que en este caso sería el prestatario, si bien aquí la propiedad ya ha pasado a un tercero, con lo cual no puede surgir *trust* alguno.

Tampoco se justifica cómo quedan fuera del patrimonio del prestatario los fondos mientras el propósito todavía es alcanzable, puesto que no existiría un *trust* sino un mero derecho contractual, y por tanto, cómo se justifica que el prestamista ostente prioridad en relación al dinero del préstamo sobre el resto de acreedores. LUSINA HO and P. ST. J. SMART. “Reinterpreting the Quistclose Trust...”, cit., pág. 274 y sig.

<sup>215</sup>LAWRENCE NATHAN, B. “In defence of the primary trust: Quistclose revisited”, *Trusts and Trustees*, vol. 18, nº 2, February 2012, pág. 131.

Edwards por su parte ha defendido que en el razonamiento de Lord Wilberforce existe una ambigüedad, que admite una interpretación distinta de la tradicional sobre los sucesivos *trusts*, primario y secundario. Al afirmar que “cuando el dinero se entrega el prestamista adquiere un *equitable right de ver que se aplica al propósito primario designado*” en realidad afirmaba que existe un único *equitable right* en el prestamista. Cuando el propósito todavía puede cumplirse, el



### 2.2.5.- El escrow

El término *escrow* designa “en general un depósito en garantía”<sup>216</sup>, y más precisamente la figura caracterizada por la entrega material de un bien (dinero, documentos u otra cosa mueble) a un *escrow holder* (normalmente un banco o un abogado), con la obligación de este de entregarlo a una tercera persona o al propio *depositor*, según se produzca o no cierto evento específicamente señalado<sup>217</sup>. DE REINA equipara, en el ámbito del ordenamiento norteamericano, el *escrow* con todo tipo de caución dineraria, judicial o voluntaria, aunque en su traslación al ordenamiento español identifica el supuesto con el de la ya sobradamente conocida Sentencia de la Corte de Casación italiana de 15 de enero de 1937, *Cavallini c. Galassi*<sup>218</sup>.

Según la posición asumida por el *escrow holder*, cabe diferenciar varias situaciones:

- 1) *Escrow holder* como agente, o *agency escrow*<sup>219</sup>: el *escrow holder* está sujeto al control del *depositor* y actúa como un agente del principal, si bien también cabe que, según el acuerdo entre depositante y tercero, se le considere agente de ambos, y solo se pueda revocar su poder conjuntamente. En este segundo caso se dice que el *escrow* desempeña claramente una función de garantía.

---

remedio que nace del *equitable right* es el *trust* primario. Cuando tal propósito no puede cumplirse, el remedio que nace del *equitable right* es el *trust* secundario. Así, el *trust* primario y el secundario no son realidades verdaderamente separadas y el factor central es si el propósito primario todavía es viable. Se ha dicho que son *remedial rights*, y que estos remedios toman la forma de *trusts*. EDWARDS, J. “Quistclose Trusts...”, cit., pág. 185 y sig.

<sup>216</sup>PROVAGGI, G. “Agency *escrow*” en la obra colectiva *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, Giuffrè editore, 1991, págs. 291. El origen de la figura se sitúa en este caso en el Derecho y la práctica norteamericanas.

<sup>217</sup>GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 190. DU BOIS, G. “Problèmes posés par “l’*escrow account*” et par la compensation comme sûreté dans certains instruments financiers”, en la obra colectiva dirigida por STRANART, A.M. *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Ediciones du Jeune Barreau, 1992, pág. 417.

<sup>218</sup>DE REINA TARTIÈRE, G. “El *escrow account*: contrato y garantía”, *Actualidad Civil*, nº 1, Editorial La Ley, 2007, págs. 35. También Morais Antunes, quien defiende en el *escrow* la presencia de un contrato de depósito con sujeto alternativamente determinado. MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., pág. 270 y sig.

<sup>219</sup>PROVAGGI, G. “Agency *escrow*”, cit., págs. 294-298.

- 2) El *escrow holder* como *trustee*<sup>220</sup>: en este caso, el *escrow holder* adquiere la propiedad del bien y lo administra en interés del tercero beneficiario. En este contexto se habla de *escrow account* o *trust account*. Una aplicación de este instituto, fruto de la práctica bancaria estadounidense, son los *saving bank trust* o *saving bank account*, también conocidos como *Totten trust*, nombre tomado de la sentencia de la Corte de Apelación de Nueva York de 5 de agosto de 1904, *Matter of Totten*<sup>221</sup>.
- 3) El *escrow holder* como árbitro<sup>222</sup>: en este caso, se le reconoce al *escrow holder* la facultad de decidir si se ha verificado o no la condición prevista en el acuerdo entre las partes, dirimiendo la posible controversia entre ellas.

Entre las aplicaciones más frecuentes de la figura del *escrow* destacan las siguientes<sup>223</sup>:

---

<sup>220</sup>GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., págs. 191-192.

<sup>221</sup>*Matter of Totten*, 179 NY 112. La Corte de Apelación recoge que los *savings bank trusts* habían sido muy frecuentes en los tribunales los años anteriores. En los primeros casos (*Martin v. Funk* (75 N.Y. 134), *Willis v. Smith* (91 N.Y. 297), *Mabie v. Bailey* (95 N.Y. 297), citados en la propia sentencia *Matter of Totten*, se trataba de depósitos abiertos por los depositantes “en *trust*” para otra persona, que ni siquiera sabía de la existencia de la cuenta, reteniendo el depositante la libreta bancaria. Al fallecimiento de los depositantes, el dinero le correspondía al beneficiario designado en el propio depósito.

Sin embargo, pronto los Tribunales se percataron de que la práctica de abrir cuentas de ahorro a nombre de otras personas (reales o ficticias) podía responder a diferentes intenciones: evasión fiscal, limitaciones en la cuantía de los depósitos a nombre de un mismo titular, el deseo de disimular la fortuna personal, etc. y adoptaron una posición más restrictiva para impedir la tergiversación de la intención real del depositante, limitando la doctrina anterior. En *Beaver v. Beaver* (117 N.Y. 421) se estableció que para constituir un *trust* debía haber una declaración explícita al efecto, o circunstancias que mostraran sin lugar a dudas que se pretendió crear un *trust*. En *Matter of Totten*, culminando la evolución de la línea jurisprudencial anterior, el juez Vann, J., con el acuerdo del resto de jueces, estableció la siguiente doctrina: “*El depósito efectuado por una persona, con dinero propio, en su nombre como trustee de otro, por sí solo, no establece un trust irrevocable durante la vida del depositante. Es simplemente una tentativa, revocable de forma voluntaria, hasta que el depositante fallezca o complete la donación en vida por medio de actos o declaraciones inequívocas, como la entrega de la libreta o la notificación al depositario. En caso de que el depositante fallezca antes de revocar el beneficiario, o de efectuar actos o declaraciones en ese sentido, surge la presunción de que se creó un trust para el momento del fallecimiento del depositante*”.

<sup>222</sup>PROVAGGI, G. “Agency escrow”, cit., págs. 303-304.

<sup>223</sup>*Ibidem*, págs. 304-307.

- 1) El *escrow account* en el comercio internacional, especialmente en las compraventas internacionales con empresas de países en vías de desarrollo. Por un lado la empresa exportadora occidental vende determinados bienes a una empresa importadora de un país emergente, que deposita el dinero del precio en una cuenta bancaria (*escrow account*). A su vez, la empresa occidental se obliga a comprar bienes a esa otra empresa por importe igual o inferior al dinero depositado. El banco depositario actúa como *trustee*, siendo el beneficiario la empresa occidental, de forma que esta se garantiza la disponibilidad del dinero en caso de que ocurriera cualquier eventualidad en la ejecución del contrato.
- 2) En el ámbito de la transferencia de tecnología, especialmente en las licencias de *software*. Cuando una empresa desarrolla una tecnología, *software* o programa informático, y lo vende a otra empresa, pueden surgir problemas para ambas partes. Por un lado, la empresa adquirente del programa, que se dedica a su distribución, necesita prestar asistencia técnica a sus propios clientes y protegerse ante la paralización de su propia actividad que le supondría la desaparición de la empresa creadora del *software*. Por su parte, la empresa desarrolladora del *software* precisa proteger el *know-how*, y puede temer que si lo revela a la empresa distribuidora esta no guarde el secreto o una vez revelado prescindiera de sus servicios. Para proteger los intereses de ambas puede acordarse el depósito del código fuente del programa en manos de un tercero<sup>224</sup>, que garantizará simultáneamente su secreto a la empresa desarrolladora y su conservación a la empresa distribuidora, para el caso de desaparición de la creadora del programa.
- 3) En el ámbito del crédito hipotecario, donde el comprador de un inmueble deposita en un *escrow account* las cantidades correspondientes a impuestos o gastos relativos a la hipoteca.

---

<sup>224</sup>Este tercero puede ser un notario. Precisamente los artículos 216 y 217 del Reglamento Notarial tras la reforma operada por el Real Decreto 45/2007 de 19 de enero recogen expresamente la posibilidad de depositar en manos de un notario programas informáticos.



## CAPITULO II.- EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREEDOR (LEY 474.I FN)

### 1.- La ley 474 del Fuero Nuevo y el concepto de garantía como punto de partida

El depósito en garantía no cuenta con precedentes históricos, como se ha comprobado en el Capítulo anterior, y carece de equivalente en el Código Civil. Por más que el primer párrafo de la ley 474 se asemeje a la prenda irregular del artículo 1851 del *Codice Civile*, existen diferencias entre ambas disposiciones, y, sobre todo, este último contempla únicamente la prenda irregular en manos del acreedor. Así que el estudio del depósito en garantía debe partir del atento análisis del texto de la ley 474, su ubicación, y las conclusiones extraídas de su introducción en la Compilación<sup>225</sup>.

El depósito en garantía, a pesar su denominación como “depósito”, no está ubicado entre los contratos de custodia (Título XII, Libro III del Fuero Nuevo), sino en el Título relativo a las garantías reales (Título VII, Libro III), como una forma más de “*garantía real o personal*” (ley 463 FN). Dentro de este Título, la ley 474 es la última disposición del Capítulo III, que regula la prenda con desplazamiento, la anticresis, el derecho de retención y el propio depósito en garantía.

El inicio de la norma es muy significativo, pues establece sin género de dudas cuál es la pretensión de las partes al celebrar un depósito en garantía: “*Para garantía del cumplimiento de una obligación puede constituirse a favor del acreedor un depósito...*”. La nota a la ley 486 de la Recopilación

---

<sup>225</sup> Por ello aunque el presente Capítulo esté dedicado al depósito en garantía a manos del acreedor, y a él se refiera este pequeño recorrido introductorio, la práctica totalidad de los elementos que se recogen a continuación son predicables también del depósito en garantía a manos de tercero. En el Capítulo III se señalarán las diferencias pertinentes entre uno y otro.

Privada, así como el resto de referencias que contenía dicho texto al depósito en garantía confirman igualmente la centralidad del elemento de garantía.

Además, la ley 474 establece expresamente que el objeto del depósito en garantía ha de estar constituido por dinero u otros bienes fungibles, cuya propiedad se transmite al depositario en garantía, quien debe tener las cosas “*en su poder*”. Este depositario en garantía asume la obligación de restituirlas al depositante “*si procediere*”, por lo que dicha obligación se conecta indubitadamente con el cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal. Es decir, el depositario en garantía que al mismo tiempo es el acreedor contrae una obligación meramente eventual frente al depositante en garantía, supeditada al cumplimiento de la obligación principal por el deudor<sup>226</sup>.

Esto son los elementos que ofrece, preliminarmente, la ley 474.I del Fuero Nuevo: finalidad de garantía, accesoriedad del depósito en garantía respecto a la obligación principal, transmisión de la propiedad del dinero o bienes fungibles al depositario en garantía, necesidad de entrega de dichos bienes al depositario y obligación de restitución de este supeditada al cumplimiento de la obligación principal.

Con todo, no son suficiente para esclarecer la naturaleza y el régimen jurídico del depósito en garantía en manos del acreedor. Para ello será necesario, primero, definir qué se entiende por garantía y comprobar si realmente el depósito en garantía cumple dicha función, pues sería imaginable que, a pesar de la alusión de la ley 474.I del Fuero Nuevo, la figura no desempeñara una finalidad de garantía en sentido técnico. Con posterioridad, será preciso contrastar el depósito en garantía con otras figuras afines que encuentran cabida en la Compilación, para determinar si goza de efectos *erga omnes* o simplemente obligacionales.

En un intento por definir qué se entiende por garantía, hay que reconocer que el Derecho ha creado remedios para reforzar la posición del acreedor, algunos de los cuales van dirigidos a remover los obstáculos que pueden surgir contra la realización del derecho subjetivo, o a facilitarla, pero esta se obtendrá solo con medios intrínsecos al derecho subjetivo inicial del

---

<sup>226</sup> En el caso del depósito en garantía en manos de un tercero, la obligación del depositario en garantía no es eventual sino alternativamente determinada, pues deberá entregar en todo caso, bien sea al depositante en garantía, bien al acreedor.

acreedor (ejemplo de este tipo de mecanismos son la acción revocatoria, o la solidaridad). En cambio, de acuerdo con LACRUZ, otros remedios son “*idóneos por sí mismos para alcanzar la satisfacción del crédito, independientemente de los medios intrínsecos al derecho inicial del acreedor*” (por ejemplo, la prenda o la hipoteca) y son estos contratos los que se consideran como contratos típicos de garantía, o de garantía en sentido estricto<sup>227</sup>.

La garantía, así, “*representa una ampliación del poder de agresión del acreedor, merced a la cual puede este obtener, prescindiendo de las condiciones de solvencia o insolvencia del deudor principal, la plena y exacta satisfacción de su derecho de crédito*” (LACRUZ)<sup>228</sup>.

Este reforzamiento puede lograrse mediante la adscripción al cumplimiento de la obligación de un patrimonio distinto al del deudor (garantías personales) o mediante la afectación *erga omnes* de una cosa concreta a la satisfacción del crédito garantizado (garantías reales)<sup>229</sup>.

En las garantías es esencial, además de su función de reforzamiento de la posición del acreedor, la existencia de una obligación garantizada con

---

<sup>227</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. “La causa en los contratos de garantía”, *RCDI*, nº 544, 1981, pág. 723.

<sup>228</sup> *Ibidem*, págs. 723-724. Coincide con él DE REINA TARTIÈRE, G. “Teoría general de las garantías reales”, *RCDI*, marzo 2011, págs. 718-720.

En la doctrina es habitual, no obstante, distinguir entre un concepto amplio de garantía, que incluye la responsabilidad patrimonial del deudor, y otro más restringido, que se identifica con toda medida que tienda a hacer más segura la posición del acreedor. Véase BUSTOS PUECHE, J.E. “Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio”, *ADC*, vol. 43, nº 2, 1990, págs. 540-541. En esa línea, Amorós considera garantía la solidaridad, la cláusula penal o las arras, aunque luego matiza que son solo garantías en sentido formal o impropio pues no actúan sobre el débito previo, “*no modifican ni adicionan las cosas afectas sino que simplemente se extiende la cuantía de la deuda*”. Con ello está asumiendo la misma idea de Lacruz, de que sólo son garantías en sentido estricto aquellas que adicionan un nuevo derecho subjetivo al patrimonio del acreedor. AMORÓS GUARDIOLA, M. “La garantía patrimonial...”, cit., págs. 561 y sig. Ferrandis parte de la misma distinción entre un concepto amplio de garantía y un concepto restringido, como medio dirigido a reforzar la seguridad del acreedor. Refiriéndose a los derechos reales de garantía, estos suponen, para el autor, la transformación de un derecho relativo en un derecho absoluto para el acreedor. FERRANDIS VILELLA, J. “Introducción al estudio de los derechos reales de garantía”, *ADC*, vol. 13, nº 1, 1960, pág. 50.

<sup>229</sup> Sobre el concepto de garantía real del Fuero Nuevo, y su distinción con el concepto de derecho real de garantía se volverá más adelante.

la cual quedan unidas mediante un vínculo de accesoriedad, de forma que aquellas resultan directamente afectadas por el devenir de esta (su cumplimiento o incumplimiento, extinción, nulidad, etc.).

Las referencias a la función o la finalidad del negocio conducen a la problemática del elemento causal y suscitan la duda de cuál es la causa en los negocios de garantía. En el ámbito del Derecho navarro, hay que señalar que el Fuero Nuevo no define los elementos del contrato ni de la obligación, ni hay por tanto preceptos paralelos a los artículos 1261, 1262.I o 1274 del Código Civil<sup>230</sup>. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, ante la ausencia de normas en cuanto a la causa de los contratos, ha declarado aplicables los artículos correspondientes del Código Civil y, por tanto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a la causa es, en principio, trasladable al ordenamiento navarro<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> Por ello, desde la perspectiva del Derecho navarro resulta sugerente la reflexión de Lacruz en torno a la falta de mención de la causa como requisito del contrato en los Códigos Civiles alemán y suizo, y su conclusión de que “*con el nombre de causa se exigen en el contrato o la atribución (incluida la obligación) una serie de condiciones que los Derechos alemán o suizo, o no requieren, o lo hacen bajo otro nombre*”. En efecto, la Compilación alude al objeto y consentimiento en la obligación, pero guarda silencio sobre la causa (ley 19 FN, aplicable a las obligaciones por remisión de la ley 489 FN).

La doctrina tampoco se ha ocupado de analizar si la causa constituye elemento esencial de la obligación o del contrato en el Derecho navarro. Martínez de Aguirre incluye la causa como elemento del contrato, aunque su trabajo gira en torno a la formación del consentimiento y las menciones a la causa son incidentales. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “Hacia una teoría general del contrato en Derecho navarro: concepto y formación”, *RJN*, nº 23, enero-junio 1997, págs. 11-45.

Los Tribunales navarros sí se han pronunciado sobre el requisito causal, como se comprobará en la nota siguiente.

<sup>231</sup> Así, lo declara la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 29 de marzo de 2010.

En cuanto a la causa y la necesidad de incorporación de los motivos al contrato, afirmó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 11 de octubre de 2010: “*Como ha sido declarado por esta Sala en sus sentencias de 3 de mayo de 1999 y 5 de junio de 2003, citando en este sentido una jurisprudencia concordante del Tribunal Supremo, reiterada recientemente SSTs 19 de junio y 21 de diciembre de 2009, la resolución de los contratos por defecto de la causa en su ejecución es una situación excepcional, que exige y presupone la frustración del fin común a las partes, que se constituye en presupuesto o causa del contrato*”. En el caso concreto, la finalidad de la compradora de destinar los terrenos objeto de compraventa a vertedero no había sido incorporada al contrato, por tanto no se trata de una finalidad común a ambas partes contratantes.

No obstante, subsiste el interrogante sobre si es procedente la aplicación del Código Civil teniendo en cuenta el sistema de fuentes navarro, o si en su lugar es preciso un estudio en profundidad sobre



Las orientaciones objetivistas sobre la causa del contrato definen esta como la función práctica o función económico-social propia de cada tipo contractual, lo que se relaciona con el contenido genérico del mismo. El Derecho no protege cualquier finalidad perseguida por las partes sino solo aquellas que la merecen por su trascendencia. En los contratos de garantía, se alude a la función de reforzamiento de la posición normal del acreedor como su causa objetiva. No obstante, como señala LACRUZ, este concepto de causa como función del tipo contractual tiene escasa trascendencia (si acaso extender analógicamente algún precepto relativo a un contrato de garantía)<sup>232</sup>. Hay que señalar, además, que en relación a los negocios típicos, como es el caso del depósito en garantía en manos del acreedor, la idea de la función social como justificante de la protección del contrato por el ordenamiento tiene utilidad limitada<sup>233</sup>, pues en estos el legislador ya ha preestablecido la función que cumple el contrato y le ha otorgado la protección del ordenamiento<sup>234</sup>. Aun así, la causa desempeña una función caracterizadora, de clasificación o distinción entre los diferentes tipos de negocios típicos<sup>235</sup> y, en este sentido, tener en cuenta la función económico-social que desempeña el depósito en garantía resultará necesario para diferenciarlo de otros contratos, como puede ser el depósito irregular<sup>236</sup>.

---

la regulación de la obligación, del contrato y del elemento de la causa en el Derecho navarro, estudio que, obviamente, no puede ser acometido aquí.

<sup>232</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. “La causa en los contratos de garantía”, cit., págs. 730-731.

<sup>233</sup> *Ibidem*, pág. 731. Además, a la teoría objetivista sobre la causa del contrato objeta Lacruz que cualquier acuerdo seriamente querido por las partes les vincula si versa sobre prestaciones posibles y lícitas, y que esta concepción no tiene relación con el concepto de causa de los artículos 1274 ni 1262 del Código Civil.

En similares términos, DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 182.

<sup>234</sup> En el ámbito del Derecho común, en cambio, el depósito en garantía constituye una figura atípica y es necesario verificar si goza de una causa merecedora de protección por el ordenamiento jurídico.

<sup>235</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit., pág. 188.

<sup>236</sup> Para completar la visión sobre el elemento causal es necesario tener en cuenta también la intención concreta perseguida por las partes al contratar (teorías subjetivistas sobre la causa). Algunos autores, así como el Tribunal Supremo, han adoptado una postura intermedia o dualista entre la teoría objetiva y subjetiva sobre la causa del contrato, considerando que la causa genérica del contrato (art. 1274 CC) tiene un marcado carácter objetivo y propio de cada contrato típico, pero también que hay que dar relevancia causal a los propósitos particulares que inciden en la celebración del contrato, o causa concreta. En tal sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio*

Teniendo en cuenta las anteriores precisiones en cuanto a los contratos de garantía, se constata que el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN), puede considerarse como un auténtico negocio de garantía, pues, en virtud de su celebración, el acreedor adquiere un nuevo derecho subjetivo, que consiste en la adquisición de la propiedad del dinero o bienes fungibles que recibe de manos del constituyente, cuyo valor puede imputar a la extinción de la obligación garantizada en caso de incumplimiento del deudor. La finalidad o función del contrato es, a su vez, reforzar claramente la posición ordinaria del acreedor.

De la causa del contrato hay que diferenciar la causa de la obligación en los negocios de garantía, conforme a los artículos 1261.3 y 1274 del Código Civil, que supone el motivo que induce al deudor o a un tercero a conceder la garantía y que se hallará en la relación que medie entre deudor y acreedor (o entre deudor y tercero que garantice una deuda ajena)<sup>237</sup>. Cuando la garantía la presta el propio deudor (en cuyo caso solo puede ser garantía

---

*jurídico, cit., págs. 188 y sig. y 227 y sig. DIEZ PICAZO, L. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I, 6ª edición Madrid, Thomson Civitas, 2007, págs. 235-236. En la jurisprudencia es muy representativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2009, que establece:*

*“... la causa es la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato y se define e identifica por la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico. En los contratos sinalagmáticos, la causa está constituida por el dato objetivo del intercambio de las prestaciones (SSTS 8 de julio de 1974, 8 de julio de 1983, 17 de enero de 1985, 11 de abril de 1994, 21 de julio de 2003, etc.)*

*Así entendida, la causa se ha de distinguir de los móviles subjetivos, cuya relevancia se produce cuando sean reconocidos y exteriorizados por ambas partes contratantes (SSTS 4 de mayo de 1987, 30 de septiembre y 21 de noviembre de 1988, 31 de enero de 1991, 8 de febrero de 1996, 6 de junio de 2002, etc.).*

*Esta concepción no elude el peso de los factores subjetivos, pues cabe que el móvil o propósito que guía a las partes tenga peso en la determinación de la voluntad negocial, hasta el punto de que se configure en el caso un "propósito empírico común de las partes" que encarne, en ese supuesto, el elemento causal del negocio. Y así es posible que el móvil subjetivo, que en principio es una realidad extranegocial, salvo que las partes lo incorporen al contrato como cláusula o como condición (SSTS 19 de noviembre de 1990, 4 de enero de 1991, 28 de abril de 1993, 11 de abril de 1994, 1 de abril de 1998, etc.), se incorpore a la causa ("móvil casualizado") y tenga trascendencia como tal elemento del contrato (SSTS 11 de julio de 1984, 21 de noviembre de 1988, 8 de abril de 1992, 1 de abril de 1998, 21 de marzo y 21 de julio de 2003, etc.). Pero para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (...).”*

<sup>237</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. “La causa en los contratos de garantía”, cit., págs. 732 y sig.

real), la causa de la prestación de dicha garantía será frecuentemente la exigencia del acreedor, siendo la concesión del crédito la contrapartida de la obligación del deudor de constituir la prenda o la hipoteca<sup>238</sup>. Se trata de la presencia o no de contraprestación o correspectivo, encuadrable en el artículo 1274 del Código Civil<sup>239</sup>. De todas formas, los negocios de garantía, por su función, se presentan como indiferentes respecto a su gratuidad u onerosidad, pues se adaptan indistintamente a ambos caracteres<sup>240</sup>.

Por último, dado que el depósito en garantía tiene efecto traslativo de la propiedad, será necesario determinar también cuál es la causa que justifica dicha transmisión<sup>241</sup>. Por el momento, no obstante, y en orden a delimitar el depósito en garantía de otras figuras afines, es suficiente con atender a su función que, como se ha señalado, consiste en el reforzamiento de la posición del acreedor.

## 2.- Depósito irregular y depósito en garantía

El depósito en garantía (ley 474.I FN) comparte con el depósito irregular (ley 554 FN), además del nombre, la naturaleza fungible de los bienes sobre los que recae y su efecto transmisivo de la propiedad. Si a esto se añade la supuesta compatibilidad entre la función de guarda y la función de garantía, a la que se aludió en el Capítulo I, no es de extrañar que se haya concluido que el depósito en garantía en manos del acreedor constituye una modalidad de depósito irregular, cuya particularidad es que cumple una función de garantía.

---

<sup>238</sup> De acuerdo con Lacruz, si se prestara la garantía con posterioridad al nacimiento de la obligación principal la causa obedecerá bien a una facilidad o rebaja concedida por el acreedor, o bien a la simple voluntad del deudor. *Ibidem*.

<sup>239</sup> Galicia sostiene, por el contrario, refiriéndose específicamente a la fiducia *cum creditore*, que en esta no existe ánimo liberal del deudor, pero tampoco recibe nada a cambio de la disminución patrimonial que experimenta, pues no considera el autor que la concesión del crédito, la cuantía de los intereses, etc. vayan específicamente dirigidos a reemplazar la pérdida patrimonial que sufre el deudor fiduciante. En consecuencia, no hay causa suficiente de la obligación de garantía. GALICIA AIZPURUA, G. *Causa y garantía fiduciaria*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pág. 207 y sig.

<sup>240</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. “La causa en los contratos de garantía”, cit., pág. 743.

<sup>241</sup> Se examinará en el epígrafe 3.7.1 de este mismo Capítulo.

En esa línea, hay autores que se han mostrado a favor de considerar el depósito en garantía como un contrato de depósito<sup>242</sup>. Al referirse a las figuras enumeradas en el Fuero Nuevo como garantías reales y su diferente naturaleza, EGUSQUIZA menciona sucintamente que “*dentro de las relaciones contractuales, utilizadas como medio de garantía, se ha recogido al depósito con esa finalidad*”<sup>243</sup>. De forma más explícita, LARA apunta que aunque la guarda constituya el fin esencial del depósito, ello no excluye que el depósito cumpla una finalidad “ulterior o accesoria”, siempre que la guarda subsista como finalidad principal<sup>244</sup>. El contrato de depósito en garantía tiene, para el autor, “*forma de depósito pero función de garantía, por lo que su calificación más acertada es la de un contrato de garantía instrumentado a modo de depósito*”<sup>245</sup>. En nota a pie de página entiende que podría circunscribirse dentro de la categoría de los negocios indirectos. Recientemente, HUALDE parece adherirse a la consideración del depósito en garantía como contrato de depósito<sup>246</sup>.

Ha de contrastarse pues si el depósito en garantía en manos del acreedor constituye un verdadero contrato de depósito<sup>247</sup>, concretamente un depósito irregular, o si el Fuero Nuevo utiliza la palabra “depósito” no en sentido técnico, sino como sinónimo de entrega<sup>248</sup>.

---

<sup>242</sup> Hay que puntualizar, no obstante, que no diferencian entre el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) y el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN).

<sup>243</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. “El Derecho Patrimonial del Fuero Nuevo de Navarra”, cit., pág. 4189.

<sup>244</sup> LARA GONZÁLEZ, R. “Depósito en garantía...”, cit., pág. 159.

<sup>245</sup> *Ibidem*, pág. 160.

<sup>246</sup> HUALDE MANSO, M<sup>a</sup>. T. “Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista”, *RDBB*, nº 133, 2014, nota nº 41, págs. 151-152. No obstante, el propósito de la autora en este trabajo es reconducir el depósito bancario a la vista a los términos del contrato de depósito ordinario, con la consecuencia de que el depositario irregular asume la obligación de mantener en su patrimonio una cantidad equivalente al dinero entregado.

<sup>247</sup> En el Capítulo III se planteará la misma cuestión respecto al depósito en garantía en manos de un tercero.

<sup>248</sup> La frecuencia con la que el legislador utiliza impropiaemente el término “depósito”, para referirse a casos en que existe obligación de guardar, pero que no deriva de un contrato de depósito es señalada por ALBALADEJO, M. *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*. 14<sup>a</sup> edición, Madrid, Edisofer S.L., 2011, pág. 810.

## 2.1.- El depósito irregular en el Fuero Nuevo: requisitos, naturaleza jurídica y régimen aplicable

La doctrina mayoritaria describe el depósito irregular como aquel que recae sobre cosas fungibles, adquiriendo el depositario la propiedad de las mismas y quedando obligado a restituir una cantidad igual de cosas de la misma especie y calidad<sup>249</sup>.

El Fuero Nuevo, en la línea de los Códigos modernos<sup>250</sup>, reguló la figura del depósito irregular en su ley 554, última norma del Título sobre los contratos de custodia, la cual dispone:

---

<sup>249</sup> Por todos, GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, J. “El depósito irregular y su aplicación en el Derecho mercantil (historia y derecho comparado)”, *RCDI*, publicado por partes en los números 86, 87, 88, 89, 90, 91 y 92, 1932, pág. 168. Existe, no obstante, una segunda acepción de depósito irregular, que comprende el contrato por el cual el depositario tiene permiso para servirse de la cosa depositada independientemente de que el objeto depositado sea o no un bien fungible. LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros. *Elementos de derecho civil Volumen II. Derecho de obligaciones. Volumen, 2. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, Madrid, Dykinson, 2009, pág. 261. La mayoría de autores rechaza el uso de la cosa depositada por el depositario, a causa del tenor literal del artículo 1768 del Código Civil, a no ser que el uso sea preciso para la conservación de la cosa, por lo que si el depositario está facultado para usar la cosa, el contrato dejaría de ser un depósito para ser un mutuo (si el objeto depositado son cosas fungibles) o un comodato (si el objeto depositado son cosas infungibles). El Fuero Nuevo carece de un artículo equivalente al citado y, para Ozcáriz, esta segunda acepción de depósito irregular no se encuadraría en la ley 554 FN sino en la ley 547 FN, que permite el depósito oneroso y con ello la posibilidad de cierto uso remuneratorio de la cosa depositada. OZCÁRIZ MARCO, F. “Comentario a las leyes 546-555”, cit., pág. 1882.

<sup>250</sup> Lo resalta OZCÁRIZ MARCO, F. “Comentario a las leyes 546-555”, cit., pág. 1883.

No obstante, la figura del depósito irregular fue conocida por el Derecho romano. Los autores coinciden en señalar que era una figura utilizada por los *argentarii* o banqueros, consistente en el depósito de una suma de dinero no determinada ni reconocible por sacos o recipientes, de la cual el depositario podía disponer, obligándose a devolver otra cantidad igual. Por todos, GARCÍA GARRIDO, M. J. *Derecho Privado romano. Casos. Acciones. Instituciones*. 15ª ed. Madrid, Ediciones Académicas S.A., 2007, pág. 286. Coincide la doctrina en afirmar que para la mayoría de juriconsultos clásicos la figura constituía un mutuo, con el que comparte la estructura: el *accipiens* se convierte en propietario del dinero, y asume la obligación de devolver otro tanto. Posteriormente los compiladores justinianeos decidieron que se pudiera utilizar en tales casos la *actio depositi*, la cual, por ser de buena fe, ofrecía la ventaja de hacer eficaz el acuerdo de pagar intereses, además de permitir reclamar los debidos por mora. Al respecto, ARIAS RAMOS J., ARIAS BONET, J.A. *Derecho Romano I y II*. 18ª edición, Madrid, EDERSA, 1991, pág. 630. GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, J. “El depósito irregular...”, cit., págs. 173-174. LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA, M. “Observaciones sobre el depósito irregular romano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 74, 1988-1989, págs. 341-342.

*Ley 554. Depósito irregular.*

*Cuando en el depósito de cosa fungible se den al depositario, expresa o tácitamente facultades de disposición, se aplicará lo dispuesto para el préstamo de dinero en las Leyes 532, 534 y 535.*

De acuerdo con este precepto, los elementos que definen el depósito irregular en el Derecho Civil navarro son dos: el carácter fungible de las cosas objeto de depósito, y el otorgamiento al depositario de facultades para disponer sobre las cosas entregadas, concesión que puede ser expresa o tácita.

Respecto al primero de los requisitos, para el Fuero Nuevo son cosas fungibles aquellas determinadas por la cantidad del género a que pertenecen (ley 352 FN)<sup>251</sup>. Aunque la ley 554 no lo exige expresamente, de ordinario serán objeto de depósito irregular cosas que además de fungibles tengan la cualidad de ser consumibles<sup>252</sup>. En el ámbito del Código Civil se ha planteado la necesidad de discernir cuándo un depósito de cosas fungibles tiene carácter regular o irregular, puesto que se admiten las dos variantes<sup>253</sup>. En el ámbito de aplicación del Fuero Nuevo, sin embargo, para que el depósito de cosas fungibles sea considerado irregular es necesaria la concurrencia de un segundo requisito: que el depositante haya autorizado la disposición al depositario. Un depósito de cosas fungibles que carezca de dicha autorización constituirá un supuesto de depósito regular. La única duda posible en cuanto a la calificación del depósito como regular o irregular puede surgir en la práctica en aquellos depósitos de cosas fungibles en los que la autorización haya sido concedida de forma tácita y este hecho sea negado posteriormente por el depositante, en cuyo caso el depositario que alegue la irregularidad deberá probar que le fue concedida la autorización para disponer.

La ley 554 del Fuero Nuevo exige la concesión de facultades de disposición al depositario y no alude expresamente ni a la entrega de las cosas

---

<sup>251</sup> Se identifican así con lo que en el ámbito del Código Civil se definen como cosas genéricas. El artículo 337 del Código Civil por su parte confunde la noción de cosa fungible con la de consumible, pero se entiende por cosas fungibles aquellas que en el tráfico se tratan como cosas homogéneas y equivalentes, por lo que son sustituibles entre sí. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A. *Sistema de Derecho Civil Vol. I*, cit., pág. 401.

<sup>252</sup> De acuerdo con OZCÁRIZ MARCO, F. “Comentario a las leyes 546-555”, cit., pág. 1883.

<sup>253</sup> La fungibilidad del objeto no implica el traspaso automático de su propiedad al depositario, ni implica que este pueda disponer de ellos, como señala LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros. *Elementos de derecho civil Volumen II-2*, cit., pág. 263.

ni al efecto transmisivo de la propiedad del depósito irregular, a pesar de lo cual ambas constituyen sin duda elementos necesarios para la existencia del tipo contractual<sup>254</sup>. El legislador navarro, en efecto, presupone la entrega de las cosas fungibles al depositario, y la adquisición de la propiedad por parte de este, y lo que pretende colocando el acento sobre el otorgamiento de facultades de disposición al depositario es facilitar la prueba de la irregularidad del depósito, a semejanza del legislador italiano, de forma que quien alegue la existencia de un depósito irregular deberá acreditar la entrega de un bien fungible y la concesión de facultades de disposición al

---

<sup>254</sup> Se plantea Ozcáriz la posibilidad de un depósito irregular en el que se hubieran concedido facultades de disposición al depositario pero no se le hubiesen entregado las cosas, si bien lo acaba descartando porque interpretar que la facultad de disposición expresa o tácita, sin apoderamiento, fuese por sí sola título traslativo de la propiedad provocaría inseguridad en los titulares de ambos patrimonios y en sus respectivos acreedores. En su opinión, a semejanza del depósito irregular en el Derecho alemán, la ley comentada comprende lo que comúnmente se identifica por depósito irregular, que requiere la transmisión de la propiedad al depositario. OZCÁRIZ MARCO, F. “Comentario a las leyes 546-555”, cit., págs.1883-1884.

Si se tiene en cuenta la remisión expresa de la ley 554 FN, se aplica al depósito irregular el segundo párrafo de la ley 532 FN, que dispone que “*quien recibe una cantidad de cosa fungible en préstamo puede disponer libremente de ella y queda obligado a restituir una cantidad igual, el mismo género y cantidad*”, lo que despeja en nuestro criterio cualquier duda sobre la necesidad de la entrega de las cosas y el efecto traslativo de la propiedad del depósito irregular.

Compara Ozcáriz la ley 554 con el §700 del BGB, que considera que fue tenido en cuenta por el legislador navarro. Dispone dicho parágrafo:

§700

*Irregular safekeeping contract*

*(1)If fungible things are deposited in such a way that ownership is to pass to the depositary and the depositary is to be obliged to return things of the same type, quality and quantity, then in the case of money the provisions on loan contracts apply, and in the case of other things the provisions on contracts for the loan of things apply. If the depositor permits the depositary to consume fungible things, then in the case of money the provisions on loan contracts apply and in the case of other things the provisions on contracts for the loan of a thing apply from the point of time when the depositary appropriates the things on. In both cases, the time and place for return are, in case of doubt, determined under the provisions of the safekeeping contract.*

*(2)In the case of deposit of securities, an agreement of the type cited in subsection (1) is only valid if it is made expressly.*

Traducción al inglés facilitada por el Ministerio de Justicia alemán: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/).

No obstante, a nuestro juicio la ley 554 del Fuero Nuevo presenta un parecido evidente con el artículo 1782 del *Codice Civile*, que se transcribe en la nota siguiente.



depositario<sup>255</sup>. La concesión de dichas facultades no afecta al concepto de depósito irregular, sino a la prueba de la irregularidad misma.

Respecto a la naturaleza jurídica del depósito irregular, se han sostenido diversas posiciones en el ámbito del Derecho común sobre si constituye un verdadero contrato de depósito, si se convierte en mutuo, o si se trata de un contrato atípico.

En ese sentido, ha de tenerse presente que la esencia del contrato de depósito ordinario es la finalidad de guarda de la cosa por parte del depositario, siendo esta obligación la que define el contrato y lo diferencia de otros tipos contractuales<sup>256</sup>. La obligación de guarda es la finalidad

---

<sup>255</sup> Dispone el artículo 1782 del Código Civil italiano de 1942:

*Deposito Irregolare*

*Se il deposito ha per oggetto una quantità di danaro o di altre cose fungibili, con facoltà per il depositario di servirsene, questi ne acquista la proprietà ed è tenuto a restituire altrettante della stessa specie e qualità.*

*In tal caso si osservano, in quanto applicabili, le norme relative al mutuo.*

Este artículo, al igual que el 1851 del *Codice Civile*, no alude al efecto traslativo de la propiedad ni subordina este a que se acredite una verdadera conmixción en el patrimonio del *accipiens*, sino que el legislador considera decisiva la atribución de la facultad de disponer al *accipiens*, que determina que la obligación de este no consista en la custodia de los bienes, sino en una obligación de dar cosa genérica. Si se depositaran cosas fungibles sin ninguna mención a la facultad de disponer sobre las mismas constituiría un depósito ordinario. ANELLI, F. *L'Alienazione in funzione di garanzia*, cit., págs. 239-241.

A nuestro entender, la ley 554 del Fuero Nuevo debe interpretarse en esta misma línea, de forma que la entrega de las cosas fungibles, unida a la concesión de facultades de disposición, hace que no quepa duda de que el contrato constituye un depósito irregular. Se soslaya así la delicada cuestión de determinar si la mera entrega de cosas fungibles transmite su propiedad, o si es necesaria la conmixción con otras cosas fungibles existentes en el patrimonio del depositario, y su consiguiente prueba.

<sup>256</sup> Así, OZCÁRIZ MARCO, F. *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)*, Barcelona, Jose María Bosch, 1997, especialmente págs. 187 y sig., con cita de doctrina extranjera fundamentalmente italiana. ROCA JUAN, J. "Artículos 1758-1789", en la obra colectiva dirigida por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXII, Vol. 1, Madrid, Revista de Derecho Privado, Ed. De Derecho Reunidas, 1982, pág. 167 y sig. LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros. *Elementos de derecho civil Volumen II.2*, cit., 247. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II*, cit., pág. 810.

En Francia, GAUTIER, P.Y. *Contrats spéciaux*, 12ª edición, Paris, Éditions Cujas, 1998, pág. 493. ANTONMATTEI, P.H., RAYNARD, J. *Droit civil. Contrats spéciaux*, 3ª edición, Paris, Litec, 2007, pág. 381. Otros autores ponen el acento en la obligación de conservación. BENABENT, A. *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9ª edición. Paris, Montchrestien, 2011, pág. 493.

Para el Derecho portugués, MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., pág. 22 y sig.



perseguida al contratar el depósito, su causa. El depositante quiere que otra persona se ocupe de la cosa por él, que realice esa actividad de custodia preservándola de eventos dañosos provenientes del exterior, al tiempo que evita su posible deterioro o menoscabo (por el transcurso del tiempo, las condiciones de conservación, etc.). El fin inmediato del negocio es la pretensión del depositante de exonerarse de la actividad de conservación de una cosa propia y asegurársela mediante su atribución a otra persona<sup>257</sup>. De acuerdo con OZCÁRIZ, la obligación de guarda se reduce esencialmente a dos elementos<sup>258</sup>: la custodia de la cosa, que implica una actividad hacia el exterior, consistente en cuidar de que el objeto depositado no se extravíe ni desaparezca; y la conservación de la cosa, aspecto interno que requiere que la cosa mantenga su integridad, que no se deteriore ni sufra pérdida su valor. En función del objeto depositado y su naturaleza puede primar una u otra actividad, e ir desde la inactividad de quien custodia algo en una caja fuerte, hasta la actividad más exigente, por lo que se ha sostenido que la prestación de guarda es elástica<sup>259</sup>.

El Fuero Nuevo también quiso que la finalidad de guarda caracterizada el contrato de depósito y lo distinguiera de otras figuras en las que aquella constituye una finalidad accesoria o secundaria. Comprendiendo las dos grandes vertientes de la obligación de guarda, la ley 546 en su segundo párrafo establece que *“el depositario está obligado a custodiar la cosa y atender a su conservación conforme a lo pactado”*.

Al constituir la guarda la causa del contrato, el depósito se celebra siempre en interés del depositante, que quiere que otra persona se encargue de la custodia y conservación del objeto depositado. De acuerdo con OZCÁRIZ, *“el depositante contrata porque siente la conveniencia o necesidad de hacerlo y es en atención al interés del mismo como se construye el tipo contractual del depósito”*<sup>260</sup>. Esto es compatible con la presencia de un interés en el depositario (cuando el depósito sea remunerado, señaladamente), pero

---

<sup>257</sup> HUALDE MANSO, M<sup>a</sup>. T., “La obligación de custodia...” cit., págs. 71 y sig.

<sup>258</sup> OZCÁRIZ MARCO, F. *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)*, cit., págs. 187 y sig.

<sup>259</sup> En ese sentido se pronuncia, además de Ozcáriz, HUALDE MANSO, M<sup>a</sup>. T., “La obligación de custodia...” cit., pág. 112.

<sup>260</sup> OZCÁRIZ MARCO, F. *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)*, cit., pág. 115.

incluso en este supuesto, la causa del contrato sigue siendo que el depositario desempeñe la actividad de guarda temporalmente, para el depositante, y hasta que a este le convenga, por lo que se mantiene el interés del depositante como el fundamental en el contrato<sup>261</sup>.

Como consecuencia de la esencialidad de la obligación de guarda en interés del depositante, el deber de restitución del depositario resulta secundario a aquella obligación, estando el depositante facultado para solicitar la devolución de la cosa en cualquier momento (ley 548.I FN, art. 1775 CC) incluso aunque se hubiera fijado plazo para el depósito<sup>262</sup>. Únicamente puede renunciar el depositario a seguir guardando cuando concurren justos motivos, de acuerdo con el artículo 1776 del Código Civil. A pesar de que el Fuero Nuevo no contiene una norma equivalente a esta última, la Audiencia Provincial de Navarra ha reconocido al depositario esa facultad de renuncia, encuadrándola en la ley 548<sup>263</sup>.

A la consideración del depósito irregular como una modalidad del contrato de depósito se le ha objetado la inexistencia de obligación de guarda por parte del depositario<sup>264</sup>. Se argumenta que al adquirir el depositario la

---

<sup>261</sup> *Ibidem*.

<sup>262</sup> Surgirá entonces la cuestión, que el Fuero Nuevo no resuelve, de qué efecto tiene sobre la retribución del depositario la finalización del contrato por voluntad del depositante, es decir, si se le debe pagar por el tiempo que haya durado la custodia, o por el total del tiempo convenido, o si se le han de abonar daños y perjuicios. OZCÁRIZ MARCO, F. “Comentario a las leyes 546-555”, cit., págs. 1869-1870. Roca Juan entiende que si se fijó un plazo para el depósito y el deponente exige la devolución antes de tiempo deberá pagar la retribución referida al plazo entero, mientras que si es el depositario quien devuelve la cosa perderá el derecho a la retribución, aunque el depositario tenga justos motivos para restituir. ROCA JUAN, J. “Artículos 1758-1789”, cit., pág. 180.

<sup>263</sup> Cita Ozcáriz la Sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 17 de noviembre de 1987. Más recientemente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 12 de junio de 1997 reconoció esta posibilidad al depositario por motivos higiénico sanitarios, aunque se trataba de un depósito judicial o secuestro.

<sup>264</sup> En ese sentido, OZCÁRIZ MARCO, F. *El contrato de depósito...* cit., pág. 34 y sig., con cita de autores franceses y españoles. LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros. *Elementos de derecho civil Volumen II*, 2, cit., págs. 261-264. ALBALADEJO, M. *Derecho civil II*, cit., pág. 824. En el Código Civil además encuentra otro obstáculo en el tenor literal del artículo 1767, que prohíbe al depositario el uso de la cosa sin permiso expreso del depositante, y sobre todo en el artículo 1768, que establece que cuando el depositario tenga tal permiso el contrato “*pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato*”. Se ha entendido que el Código Civil, influido por el *Code Civil* francés, rechaza el depósito irregular y también el depósito en el que se permite el uso. En ese sentido FLORES MICHEO, R. “El depósito irregular”, *RDP*, 1963, pág. 770, con cita de otros autores. GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, J. “El depósito

propiedad de las cosas entregadas, no hay objeto que custodiar y no existe la actividad de guarda propia del depósito regular. El depositario irregular contrae únicamente una obligación de dar, de restituir el *tantundem*, pero no tiene ninguna cosa ajena que custodiar y no existe la obligación de actividad propia del depósito<sup>265</sup>.

---

irregular...”, cit., pág. 569. García Goyena pretendió “desterrar” así el depósito irregular, cortando de raíz ciertos problemas acerca del permiso para usar la cosa y la naturaleza del depósito irregular. GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Zaragoza, 1974, pág. 871.

No obstante, también se ha advertido que otros preceptos del Código implícitamente se refieren al depósito de dinero, como el artículo 1770.II, que contempla expresamente la posibilidad de un depósito de dinero imponiendo al depositario la obligación de satisfacer intereses desde que se apliquen las sumas recibidas a usos propios o desde que se constituya en mora, y el art. 1200, que al prohibir la compensación cuando alguna de las deudas proviniera del depósito supone que lo depositado es una cosa fungible o dinero, porque en otro caso no cabría la posibilidad de compensar. GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, J. “El depósito irregular...”, cit., pág. 569. FLORES MICHEO, R. “El depósito irregular”, cit., pág. 769. DÍEZ SOTO, C. M. “Comentario a los artículos 1758 a 1789” en *Comentarios al Código Civil*, Director BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, Tomo VIII, págs. 12126-12127. No comparte este argumento Albaladejo, para quien el depósito irregular no se admite en el Derecho Civil. Y aun admitiéndose la figura del depósito irregular solo sucedería que, siendo compensable por su naturaleza la obligación de devolver la cosa en esta clase de depósito, tendría todavía más aplicabilidad y sentido este artículo ya que la obligación de restituir que surge del depósito irregular sería incompensable no por su naturaleza sino por la prohibición legal. ALBALADEJO, M. “La prohibición o improcedencia de compensación en los casos de depósito y comodato”, *RDP*, 1947, pág. 254-255 y especialmente, nota 3. El autor se muestra contrario, en general, a la prohibición de este artículo 1200 CC.

El Código de Comercio, por su parte, no rechaza el depósito irregular, remitiéndose para los realizados en manos de bancos o almacenes generales a su regulación respectiva (art. 310 CCom). El depósito de numerario puede constituir un depósito regular o irregular, según se deduce del artículo 307 CCom. Cuando el depósito de dinero se realice sin especificar y se autorice expresamente al depositario para disponer del dinero se aplicarán las normas del mutuo desde que se realice dicha disposición (art. 309 CCom).

<sup>265</sup> A pesar de ello, hay autores que han defendido la existencia de un verdadero depósito en el depósito irregular. En ese sentido, Flores, que sostuvo que si bien desde el punto de vista formal es cierto que no hay nada que custodiar, el depósito irregular sigue constituyendo un depósito. FLORES MICHEO, R. “El depósito irregular”, págs. 759 y sig., especialmente 764.

En los últimos tiempos está creciendo el número de voces que denuncian, especialmente en los contratos bancarios de depósito a la vista, la contradicción entre su calificación como depósito, y la ausencia de una obligación de custodiar el dinero. El cliente quiere que el banco custodie el dinero por él, estando ante un contrato de depósito: por consiguiente, el banco solo podría disponer del dinero para restituirlo al depositante, pero de ninguna manera para sí o sus propios negocios. En caso de realizar dichas disposiciones, el contrato dejaría de ser un depósito, convirtiéndose en un préstamo o un contrato de servicios de intermediación en el crédito. En consecuencia, si se

Por tanto, mayoritariamente se descarta la existencia de un contrato de depósito en el depósito irregular, aunque tampoco se califica como mutuo (a pesar de la dicción literal del artículo 1768 del Código Civil), sino que la doctrina lo considera un contrato atípico, admisible al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC)<sup>266</sup>. Se afirma que la función del contrato de depósito irregular coincide con la del depósito regular, pues en ambos el depositante persigue la colaboración de otra persona en la subsistencia de su interés económico en la cosa<sup>267</sup>. Como observa FLORES, la causa objetiva del depósito irregular reside en garantizar al depositante que se le restituirá el dinero cuando él lo considere oportuno y mientras tanto no tendrá la carga ni los riesgos de la custodia. Por ello pone de manifiesto el autor que “*por consecuencia de la nota de indestructibilidad que caracteriza*

---

mantiene la calificación del depósito bancario a la vista como contrato de depósito, los bancos deben conservar en sus cajas la integridad del valor de los depósitos a la vista, no una reserva fraccionaria. DE LA CUESTA RUTE, J.M. “Lucidez jurídica para la próxima crisis financiera”, *Nueva Revista*, vol. 130, pág. 124 y sig. En la misma línea, HUALDE MANSO, M<sup>a</sup>. T. “Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista”, cit., pág. 142 y sig.

El Anteproyecto de Ley del Código de Comercio configura el depósito de dinero (art. 572) como un auténtico contrato de depósito. La Exposición de Motivos expresamente afirma que “*se abandona la tesis del depósito irregular, en cuanto la concepción actual del dinero no necesita de dicho remedo*”. De acuerdo con lo dispuesto en su articulado, en el depósito de dinero existe una verdadera obligación de custodia, que recae sobre el valor nominal de la suma monetaria (art. 572.1 Anteproyecto CCom, aunque matizada en el caso de las entidades bancarias). La citada obligación de custodia se traduce en la obligación para el depositario de mantener los fondos de forma separada de su propio patrimonio (art. 572.3) y en la imposibilidad de utilizar el dinero para financiar directa o indirectamente su propia actividad. No se entenderá incumplida esta prohibición, salvo prueba en contrario, si a su vez el depositario constituye un depósito de dinero por el total de la suma custodiada en una entidad de crédito (art. 572.3.1, tercer párrafo). Las entidades bancarias son las únicas que pueden utilizar el dinero depositado para su propia actividad, según lo previsto en su normativa específica (art. 572.3, tercer párrafo). Advierte de la incongruencia entre mantener la calificación como depósito del depósito bancario a la vista y la obligación de los bancos de mantener tan solo una reserva fraccionaria de los fondos depositados por los clientes, Hualde, en “Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista”, cit., págs. 160-162.

<sup>266</sup> OZCÁRIZ MARCO, F. *El contrato de depósito...* cit., pág. 34 y sig., con cita de autores franceses y españoles. LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros. *Elementos de derecho civil Volumen II,2*, cit., págs. 261-264. ALBALADEJO, M. *Derecho civil II*, cit., pág. 824.

Garrigues, por el contrario, sostiene que el depósito irregular civil se convierte en mutuo por ministerio de la ley, aunque a su juicio el elemento de custodia se mantiene en el depósito irregular y por ello el artículo 1768 del Código Civil es susceptible de crítica. GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, J. “El depósito irregular...”, cit., pág. 405 y sig. y pág. 569.

<sup>267</sup> OZCÁRIZ MARCO, F. *El contrato de depósito...* cit., pág. 38.

*la deuda de dinero, eso que llamo “mi dinero” está más seguro en el Banco que cuando lo conservo en mi poder (...) se da la paradoja de que cuando más seguro tenga mi dinero es cuando no lo tengo*<sup>268</sup>. Depósito regular e irregular constituyen, según esta orientación doctrinal, tipos contractuales diferenciados que, aunque comparten idéntica causa para el depositante, originan obligaciones diferentes, no pudiendo existir en el depósito irregular obligación de guarda porque al adquirir la propiedad el depositario no contrae una obligación de actividad sino una obligación de restitución del *tantundem*<sup>269</sup>.

La esencia del depósito irregular se revela claramente cuando se compara con el préstamo de dinero. En el depósito irregular el depositante persigue trasladar los riesgos de pérdida y destrucción de las cosas al depositario hasta el momento en el que solicite la restitución, mientras que en el mutuo la causa del contrato es conceder al mutuuario la disponibilidad sobre el dinero entregado. No está en el ánimo del depositante irregular conceder un préstamo al depositario, ni celebran las partes el contrato con dicha intención. El cliente que abre en un banco una cuenta a la vista desde luego no pretende conceder un préstamo a su banco. Como el depósito irregular pretende trasladar la custodia del dinero al depositario, el contrato se celebra siempre en interés del depositante, por lo que este puede solicitar la restitución de los fondos en cualquier momento. Por el contrario, el mutuo

---

<sup>268</sup> FLORES MICHEO, R. “El depósito irregular”, cit., pág. 761.

<sup>269</sup> Ozcáriz deja apuntada la posibilidad de admitir la categoría de los contratos de custodia en el Código Civil. OZCÁRIZ MARCO, F. *El contrato de depósito...* cit., págs. 30-32. Con idéntico propósito, Hualde ya apuntaba que sería oportuno adaptar la custodia a la propia naturaleza del objeto para permitir un especial contenido de la obligación de guarda. Constituyendo el objeto depositado una cosa fungible la guarda equivaldría a mantener una solvencia que garantice la devolución de otro tanto equivalente, o emplear lo recibido de manera prudente para estar siempre en condiciones de restituir. HUALDE MANSO, M<sup>a</sup>. T., “La obligación de custodia en el depósito...”, cit., pág. 118, y más recientemente en “Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista”, cit., pág. 135.

En el Fuero Nuevo la existencia de una obligación del depositario de conservar en su patrimonio una cantidad igual al dinero entregado puede chocar con lo dispuesto en la ley 532.III (de aplicación al depósito irregular por remisión de la ley 554 FN) según la cual “*quien recibe una cantidad de cosas fungibles en préstamo puede disponer libremente de ella y queda obligado a restituir una cantidad igual, del mismo género y cantidad*”. Desde luego, entra en contradicción con el depósito de dinero configurado por el Anteproyecto de CCom, en el cual el depositario tiene vedado expresamente disponer del dinero para sus propias actividades.

se concierta en interés del mutuuario, que quiere obtener la disponibilidad de los fondos durante cierto tiempo, y por ello el prestamista no podrá exigirle la restitución del dinero antes de que llegue el plazo acordado<sup>270</sup>.

En el Fuero Nuevo el debate sobre la naturaleza jurídica del depósito irregular queda superado por la existencia de la categoría de los contratos de custodia. En efecto, la Compilación navarra se ocupa, en su Libro III, Título XII “De los contratos de custodia”, cuyo denominador común es la existencia de obligación de guarda para el depositario<sup>271</sup>, y en el que encuentran cabida,

---

<sup>270</sup> Recientemente se ha sostenido que lo decisivo para delimitar el mutuo y el depósito irregular, con todo, es la voluntad de las partes, pues cabe pensar en el interés del depositante en la custodia de su dinero aunque exista un plazo para la restitución, siempre que este, por su flexibilidad o corta duración, no implique la pérdida de disponibilidad sobre el mismo. DÍEZ SOTO, C. M. “Comentario a los artículos 1758 a 1789” cit., págs. 12127-12128.

<sup>271</sup> La ley 546 FN define los contratos de custodia como aquellos en los que “*una persona encomienda a otra de su confianza una cosa para su guarda leal, con retribución o sin ella*”. No obstante, su párrafo segundo y las leyes siguientes continúan con el régimen del contrato de depósito, lo que ha llevado a algunos autores a cuestionar realmente la existencia de la categoría de los contratos de custodia. En tal sentido, DÍEZ SOTO, C. M. “Comentario a los artículos 1758 a 1789” cit., pág. 12059, nota nº 20.

Ozcáriz encuentra la explicación a este desconcierto en el cambio de orden de ciertas leyes en la redacción final del Fuero Nuevo respecto al orden seguido en la Recopilación Privada. En efecto, disponía la Recopilación:

*Ley 560 Concepto*

*Por los contratos de custodia una persona encomienda a otra de su confianza una cosa para su guarda leal, con retribución o sin ella. Estos contratos se regirán por lo pactado y, en su defecto, por las leyes del presente Título.*

*Ley 561 Obligaciones*

*Salvo que por pacto o disposiciones legales o por la naturaleza del acto proceda otra cosa, en toda relación que imponga un deber de custodia serán exigibles las obligaciones propias del depositario.*

*Depósito en garantía*

*Para el supuesto del depósito como garantía se estará a lo dispuesto en la ley 486.*

Quedaba claro que “contratos de custodia” eran todos aquellos en los que se encomendara a otro sujeto la guarda de una cosa, siéndoles de aplicación en primer lugar lo pactado y, a falta de pacto, las disposiciones del Fuero Nuevo. A aquellas otras relaciones ajenas a los contratos de custodia pero en las que apareciera una obligación de guarda les serían aplicables las obligaciones propias del depositario. La nota a las leyes 560 y 561 confirmaba la separación entre los contratos de custodia y las relaciones de custodia integradas en otros contratos: *Notas a las leyes 560 y 561 (...)* *Se distingue el contrato específico de custodia de las relaciones de custodia integradas en otros contratos. Esta diferencia supone que la obligación de custodia nace del contrato y no,*

de acuerdo con OZCÁRIZ, al menos: el contrato de depósito, la custodia sin posesión y el depósito irregular. En este último, la entrega de una cosa fungible al depositario, que la incorpora a su patrimonio, hace que el depositante se asegure contra la pérdida de la cosa transformando su derecho real de propiedad en un derecho de crédito a la restitución del *tantundem*.

No tiene trascendencia práctica considerar el depósito irregular como una modalidad de contrato de depósito, o como un contrato de custodia, pues el resultado en ambos casos es la aplicación al mismo de las normas del Título que se ocupa de los contratos de custodia (leyes 546 a 553 FN), además de las normas sobre el mutuo a las que remite la ley 554 del Fuero Nuevo.

La aplicación al depósito irregular de ciertas normas sobre el préstamo de dinero (ley 554 FN) es la solución adoptada, además de por el Fuero Nuevo, por otros ordenamientos que prevén la figura del depósito irregular y se considera lógica por cuanto el mutuo es el paradigma de contrato por el que se transmite la propiedad de las cosas con obligación de restituir otro tanto<sup>272</sup>. DíEZ-SOTO ha puntualizado recientemente que, atendiendo a la

---

*como sucede en otras ocasiones, de un simple acto, una relación de trabajo o de servicios, etc. (...) Recopilación Privada, cit., pág. 268.*

La redacción final del Fuero Nuevo mantuvo el primer párrafo de la ley 560 de la Recopilación Privada en la actual ley 546.1. A dicha ley se le añadió un párrafo segundo dedicado a las obligaciones del depositario y se relegó el contenido de la ley 561 a la ley 553, con el ladillo “Aplicación análoga”.

A pesar del desorden actual la lógica exige afirmar que los contratos de custodia siguen siendo todos aquellos en los que la obligación de guarda es la finalidad esencial del contrato. Al respecto, OZCÁRIZ MARCO, F. “Comentario a las leyes 546-555”, cit., págs. 1858-1859.

Para hacerlo más inteligible, Ozcáriz propone el estudio del Título en el siguiente orden: ley 546.1, ley 553, ley 547, ley 546.2, ley 548.1, leyes 551, 550, 548.1, 548.2, 552, 549 y 554.

Al resto de situaciones en las que exista custodia en el marco de un contrato o relación jurídica cuya finalidad primordial sea diversa (por ejemplo, en un contrato de obra, en la prenda, etc.), le resultarán simplemente de aplicación las normas relativas a las obligaciones del depositario (ley 553 FN), lo que no implica una conversión del contrato en cuestión, sino una mera aplicación análoga. Así interpreta también la ley 553, además de Ozcáriz, HUALDE MANSO, M<sup>a</sup>. T., “La obligación de custodia...”, cit., pág. 101.

En el ámbito del Derecho común no existe la categoría de los contratos de custodia, pero también se constata que se producen situaciones en las que la guarda es la finalidad esencial, pero falta la detención de la cosa y por ello no son depósito propiamente dicho, por ejemplo, en la vigilancia de inmuebles, o de un vehículo en un aparcamiento público. ROCA JUAN, J. “Artículos 1758-1789”, cit., págs. 195-196.

<sup>272</sup> OZCÁRIZ MARCO, F. *El contrato de depósito...* cit., pág. 46. Sin embargo, la nota a la ley 570 de la Recopilación Privada siembra confusión al establecer que “no tiene razón de ser en el



función económica del depósito irregular, es procedente aplicarle algunas normas del depósito con preferencia a las del mutuo, pues aquel se celebra en interés de quien entrega su dinero a otro en atención a la mayor solvencia de este, y lo cierto es que, al menos respecto al plazo, los autores implícitamente entienden aplicable al depósito irregular el régimen del contrato de depósito y no el del préstamo<sup>273</sup>.

La remisión de la ley 554 de la Compilación a la ley 532 tiene el sentido de incorporar al depósito irregular los principales efectos del mutuo: el mutuuario adquiere la propiedad de las cosas entregadas, dispone libremente de ellas y contrae la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad. Conviene recordar sin embargo que para que lo convenido entre las partes constituya un depósito irregular no es suficiente con la entrega de cosas fungibles sino que el depositante debe haber concedido expresa o tácitamente facultades de disposición al depositario. La ley 535 del Fuero Nuevo, por su parte, introduce expresamente la posibilidad de estipular intereses en el depósito irregular.

La norma que genera más problemas en cuanto a su aplicación al depósito irregular, de acuerdo con OZCÁRIZ, es la ley 534, que se refiere al plazo del mutuo. Como ya se ha señalado, es un rasgo propio del depósito

---

*Derecho moderno la distinción entre el mutuo y el depósito irregular". Recopilación Privada, cit., pág. 269. Es incorrecto que no exista tal diferenciación, según afirma la doctrina nacional y extranjera, de acuerdo con OZCÁRIZ MARCO, F. "Comentario a las leyes 546-555", cit., pág. 1884. Al igual que en el Código de Comercio, en el Fuero Nuevo resultan de aplicación ciertas normas del mutuo pero el depósito irregular no se identifica con dicho contrato, ni se produce una conversión.*

Es de destacar a este respecto la semejanza entre la regulación del depósito irregular en el Fuero Nuevo y el artículo 309 del Código de Comercio. Coinciden ambas disposiciones en permitir el uso de las cosas depositadas (a diferencia del artículo 1768 del Código Civil), y en que es necesaria para ello la autorización del depositante. Ambos textos establecen que se aplicarán las normas del mutuo, lo que se interpreta como una simple remisión, no como una conversión del contrato, de acuerdo con GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, J. "El depósito irregular...", cit., pág. 570 y sig. LAGUNA YBÁÑEZ, F. "Sobre el depósito irregular mercantil", *RJC*, 1959, págs. 13-15. En el caso del Código de Comercio la aplicación de las normas relativas al mutuo se produce desde el momento en que el depositario realiza la disposición de las cosas, mientras que el Fuero Nuevo no exige que se produzca efectivamente tal disposición, lo que puede entenderse en favor de que se apliquen dichas normas desde la perfección del depósito irregular.

<sup>273</sup> Lo destaca DÍEZ SOTO, C. M. "Comentario a los artículos 1758 a 1789" cit., págs. 12127-12128, El §700 del BGB declara expresamente aplicables al depósito irregular las normas del mutuo, aunque respecto al plazo y lugar de restitución se aplicarán las normas del contrato de depósito.



ordinario el hecho de que el depositante pueda solicitar la restitución del *tantundem* en cualquier momento, a su conveniencia, incluso aunque se hubiera establecido un plazo de duración del depósito (ley 548 FN). Sin embargo, la aplicación de la ley 534 al depósito irregular supone, según el autor, que si se ha convenido un plazo para la restitución no podrá el depositante solicitarla antes del vencimiento de dicho plazo, lo cual es propio del mutuo, y acerca el depósito irregular a dicho contrato. Concluye por ello que es forzoso admitir como rasgo característico del depósito irregular navarro, además de la transferencia de la propiedad al depositario, que este solo está obligado a restituir cuando haya transcurrido el plazo pactado en el contrato<sup>274</sup>.

En nuestra opinión, cabe otra interpretación fundada estrictamente en el tenor literal de la ley 534 de la Compilación. Si se lee el primer párrafo de esta ley, lo que establece es que “*en todo préstamo pueden convenirse plazos y condiciones, y asegurarse la restitución con garantías de cualquier clase*”, mientras que su párrafo segundo dispone que “*si no se ha pactado plazo para la restitución, se entiende que la obligación nace desde el primer momento, pero el Juez podrá fijar un plazo equitativo para su cumplimiento*”. Trasladando el contenido de esta norma al depósito irregular, resulta que si en este no se ha establecido plazo, el depositante podrá solicitar la restitución en cualquier momento<sup>275</sup>, lo cual coincide con lo que se considera propio del depósito irregular, pues la citada ley lo que prevé es un préstamo “a la vista”, en el que el acreedor puede reclamar la restitución de lo prestado en cualquier momento<sup>276</sup>.

En cuanto a aquellos depósitos irregulares en los que se hubiera convenido un plazo, lo único que establece la ley 534 del Fuero Nuevo es que “*en todo préstamo pueden convenirse plazos*”, por lo que en realidad la norma no está contemplando el régimen de la restitución si se ha convenido un plazo

---

<sup>274</sup> Aunque reconoce que entonces “*poco o ningún espacio ha dejado nuestro legislador para uno de los negocios civiles de más importancia económica en la actualidad*”. OZCÁRIZ MARCO, F. “Comentario a las leyes 546-555”, cit., pág. 1885.

<sup>275</sup> Salvo que el Juez establezca un plazo equitativo para la restitución. No obstante, esta posibilidad tiene sentido para el mutuo, no para el depósito irregular, que se celebra en interés del depositante, y el Juez debería tener en cuenta esta circunstancia para denegar la concesión de un plazo a favor del depositario irregular.

<sup>276</sup> De acuerdo con el propio Ozcáriz, en “Comentario a las leyes 532-536”, en la obra colectiva dirigida por RUBIO TORRANO, E. *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, págs. 1827.

en el mutuo. La imposibilidad para el prestamista de reclamar la restitución del *tantundem* antes del plazo convenido se infiere, no de dicha ley, sino de la configuración del contrato de préstamo en su conjunto. Por tanto, interpretar que cuando se haya establecido un plazo, el depositante irregular no puede solicitar la restitución antes del transcurso del mismo en nuestra opinión va más allá de la dicción literal de la ley 534.

De acuerdo con la interpretación que se propone, la remisión de la ley 554 a la ley 534 del Fuero Nuevo implica que en el depósito irregular puede pactarse un plazo para la restitución, y que si no se ha previsto ningún plazo el depositante podrá solicitarla en cualquier momento, salvo que el Juez establezca un plazo equitativo para que el depositario cumpla con dicha obligación de restitución. Si se hubiera pactado un plazo para la restitución en el depósito irregular, la ley 534 del Fuero Nuevo no resuelve si el depositante puede solicitar la restitución antes del transcurso de dicho plazo, por lo que resulta de aplicación la ley 548 de la Compilación, aplicable al depósito irregular en cuanto contrato de custodia. De acuerdo con aquella, el depositante irregular podrá solicitar la restitución en cualquier momento y el depositario deberá cumplir con dicha obligación.

En suma, el depósito irregular en el Fuero Nuevo se caracteriza por la entrega de cosas fungibles al depositario, que adquiere su propiedad y que debe haber recibido además facultades de disposición por parte del depositante. La causa del contrato es la guarda del dinero u otras cosas fungibles entregadas por parte del depositario, a quien el depositante le traslada la carga y los riesgos de la custodia, pudiendo solicitarle la restitución del *tantundem* en cualquier momento, a su conveniencia.

## **2.2.- Distinción entre el depósito en garantía en manos del acreedor y el depósito irregular**

Analizado el contrato de depósito irregular en el Fuero Nuevo, puede afirmarse que el depósito en garantía en manos del acreedor no constituye un verdadero contrato de depósito irregular, a pesar de su denominación, ni es encuadrable tampoco como un contrato de custodia.

En primer lugar, la causa o función económico-social que desempeña el depósito irregular es muy distinta a la que desempeña el depósito en garantía. En el primero, el depositante pretende que otra persona realice por

él la guarda del dinero o bienes fungibles entregados. El depositario asumirá así los riesgos de la custodia del dinero (robo, pérdida, etc.) y asegurará su restitución al depositante. En el depósito en garantía (ley 474 FN), en cambio, la intención del depositante-deudor al entregar el dinero al depositario-acreedor es garantizar que cumplirá la obligación principal que le vincula con él (“*Para garantía del cumplimiento de una obligación...*”)<sup>277</sup>. Este depositario en garantía-acreedor se convierte en propietario del dinero o bienes fungibles y ve reforzada su posición gracias al depósito en garantía. Adquiere de esta forma un derecho subjetivo que amplía sus posibilidades de cobro, y que no le sería atribuido nunca mediante un contrato de depósito. En ningún caso se pretende, cuando se constituye un depósito en garantía, que el depositario-acreedor guarde el dinero del deudor para que este lo tenga más seguro y a su disposición en cualquier momento<sup>278</sup>. Por ello hay autores que entienden que la denominación “depósito” no es la más adecuada para la figura del primer párrafo de la ley 474 del Fuero Nuevo<sup>279</sup>.

Respecto a la posibilidad de que un contrato de depósito desempeñe además de la función de guarda una función de garantía, hay que preguntarse por qué en los ordenamientos italiano y portugués esto se produce únicamente en presencia de tres sujetos (depositante-deudor, depositario, y tercero-acreedor) y no se plantea la posibilidad de que el contrato de depósito desempeñe una función de garantía cuando el propio acreedor asume la posición de depositario<sup>280</sup>.

---

<sup>277</sup> Doral advierte esta diferente finalidad entre el contrato de depósito y el depósito en garantía, y se pregunta si acaso al eliminar la obligación de guarda no deja de ser, por eso mismo, un depósito. No obstante, luego entiende que el depósito en garantía (refiriéndose a la figura de la ley 474 FN) está regulado en el artículo 1773 del Código Civil italiano. DORAL GARCÍA, J.A. “Comentarios a las leyes 463-474”, cit., pág. 932, especialmente nota nº 121.

<sup>278</sup> Del proceso de elaboración de la Recopilación Privada se concluyó que sus redactores pretendieron alejar el depósito en garantía del contrato de depósito, ubicándolo en sede de garantías reales, declarando que se regiría por su norma propia y no por la de los contratos de custodia (ley 561 de la Recopilación Privada) y así fue recibido en el Fuero Nuevo.

<sup>279</sup> OZCÁRIZ MARCO, F. “Comentario a las leyes 463-474”, en la obra colectiva dirigida por RUBIO TORRANO, E. *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, págs. 1595-1596. También SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales en el Derecho civil navarro”, en el vol. colectivo coordinado por LAUROBA, M.E, *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pág. 408.

<sup>280</sup> Ya se ha apuntado esta cuestión al examinar el depósito con finalidad de garantía en el ordenamiento italiano y el supuesto de la ley 552 del Fuero Nuevo. En el Capítulo III, al analizar

Hipotéticamente, se constituiría un contrato de depósito irregular en el que el deudor de una obligación entregaría una cantidad de dinero o bienes fungibles a su acreedor, otorgándole, al menos tácitamente, autorización para disponer de lo depositado y pretendiendo con ello asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Pues bien, si se mantienen los caracteres propios del depósito irregular, el depositante-deudor conserva la facultad de solicitar la devolución del dinero en cualquier momento y por tanto el depósito no cumple ninguna función de garantía. Piénsese en el deudor de un préstamo dinerario que realiza un depósito de dinero a la vista en el mismo banco acreedor del préstamo. En cuanto depósito irregular de dinero, el depósito a la vista tiene como finalidad la custodia y el depositante-deudor podrá recuperar los fondos depositados a su conveniencia. Nada puede oponer el banco, acreedor-depositario, si el deudor-depositante decide retirar los fondos de la cuenta a la vista el día anterior al del vencimiento del préstamo<sup>281</sup>, y ninguna garantía obtiene del hecho de tener un depósito irregular concertado con el deudor<sup>282</sup>.

Si el acreedor quiere que el depósito irregular sirva de garantía del cumplimiento de la obligación principal, el depósito tiene que quedar afectado a tal fin, vinculando la suerte del depósito a la del negocio principal. De esta forma el depositario no podrá ser compelido a restituir la cantidad al depositante mientras la obligación principal se encuentre pendiente, y en caso de incumplimiento de dicha obligación principal, el acreedor compensará esta automáticamente con el crédito a la restitución proveniente del depósito,

---

la figura del depósito en garantía en manos de tercero, se profundizará en esta posibilidad de que el contrato de depósito desempeñe una función de garantía en presencia de tres sujetos.

<sup>281</sup> Salvo que se hubieran incluido en el contrato cláusulas de compensación o de vencimiento anticipado.

En el ámbito de aplicación del Fuero Nuevo el depositario no tiene derecho de retención de la cosa depositada, ni por razón de la indemnización correspondiente a los gastos y perjuicios ocasionados por el depósito, ni por razón de cualquier otro derecho que tenga contra el depositante (ley 551 FN).

En el Derecho común, el depositario puede retener la cosa depositada únicamente por deudas provenientes del depósito (art. 1780 CC).

<sup>282</sup> Incluso aunque se tuviera en cuenta que el depósito irregular está sujeto a plazo (ley 534 FN) y el depositante no puede pedir la restitución antes del vencimiento, si este es anterior al vencimiento de la obligación principal la situación es la misma, pues el deudor-depositante podrá recuperar los fondos en el momento de vencimiento del depósito. Si el depósito irregular vence después de la obligación principal, el acreedor podrá compensar la obligación principal con el importe del depósito irregular, pero por aplicación de las normas generales sobre la compensación, no porque el depósito irregular le aporte una garantía adicional a la que ostenta cualquier acreedor.

consiguiendo la satisfacción de su deuda en la cantidad concurrente. Pero esto desplaza el supuesto del ámbito del depósito irregular (ley 554 FN) al ámbito de la ley 474 del Fuero Nuevo, y aparece la figura del depósito en garantía. La finalidad de custodia de los fondos, propia del depósito irregular, ha desaparecido y se ha sustituido por la prestación de una auténtica garantía. A este respecto, el depósito irregular no puede considerarse una garantía en sentido estricto, pues en nada se refuerza la posición del depositario, que tendrá que restituir, en todo caso, el *tantundem* de lo entregado en depósito.

Aunque la cuestión se abordará con más detalle en el Capítulo III, para entender que el depósito en garantía en manos del acreedor es una modalidad de negocio indirecto, como negocio que cumple su finalidad típica y otra finalidad indirecta, se requiere la presencia de un depósito, que desempeñe además de su función típica de guarda otra ulterior, pretendidamente de garantía. No cabe apreciar la existencia de una finalidad indirecta cuando en realidad no se está en presencia de un depósito, pues no se da la causa típica de guarda y por tanto tampoco cabe una finalidad ulterior o accesorio.

De la diferente función que desempeñan depósito irregular y depósito en garantía se derivan otras importantes consecuencias. El primero se efectúa en interés del depositante, mientras que el segundo se realiza en interés del acreedor, que en este caso es el depositario del dinero<sup>283</sup>.

También la obligación de restitución del dinero o bienes fungibles se configura de manera muy distinta en ambos negocios. En el depósito irregular siempre se procede a la restitución al depositante, a requerimiento de este y en el momento en que más le convenga, pues el contrato se celebra en su interés. Por el contrario, en el depósito en garantía la obligación de restitución del depositario es meramente eventual. En caso de incumplimiento de la obligación principal por el deudor-depositante, el acreedor-depositario imputará el dinero entregado en garantía a la satisfacción de la obligación principal y, no tendrá obligación de restituir<sup>284</sup>. Además, en el depósito en garantía el depositario no habrá de restituir (en caso de que tener que hacerlo) cuando le convenga al deudor-depositante, ni tampoco se establece un plazo

---

<sup>283</sup> Lo cual es propio de las garantías en general.

<sup>284</sup> Salvo que el valor del dinero o los bienes entregados sea superior al de la obligación principal, en cuyo caso deberá entregar el exceso al depositante en garantía.

para la devolución, sino que el momento de la restitución vendrá determinado por el vencimiento (y cumplimiento) de la obligación principal<sup>285</sup>, o por su extinción por otra causa con anterioridad a su vencimiento.

Como se aprecia, el depósito en garantía en manos del acreedor se caracteriza por su accesoriedad respecto a la obligación principal, que supone que el devenir de esta afecte a la subsistencia de la garantía. En un depósito irregular no existe tal accesoriedad. Cabe pensar en la posibilidad de compensar del depositario irregular, si tuviera una deuda frente al depositante por otro negocio ajeno a dicho depósito, pero esta compensación se regiría por las normas comunes en cuanto a esta forma de extinción de las obligaciones, y en cualquier caso el depósito irregular mantendría su propio plazo de vencimiento. Entre el depósito irregular y el otro negocio no existiría una relación de accesoriedad ni subordinación, sino que ambos conservarían su independencia y estarían en un plano de igualdad.

Por otro lado, atendiendo a la regulación específica del depósito irregular navarro, para que el depósito sea irregular no basta con la entrega de las cosas fungibles sino que el depositante ha de haber concedido, de forma expresa o tácita, facultades de disposición sobre las mismas al depositario (ley 554 FN). El depositario en garantía, según dispone expresamente la ley 474, adquiere la propiedad del dinero o bienes fungibles con la entrega y no necesita que se le concedan facultades de disposición.

Se descarta pues que el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) constituya un contrato de depósito, y no resulta sorprendente que en los ordenamientos extrajeros la entrega de dinero o bienes fungibles al acreedor se considere, e incluso se prevea legalmente, como una forma de garantía y no como un contrato de depósito que, como tal, no es apto para desarrollar una función de garantía cuando el acreedor es el depositario.

---

<sup>285</sup> Esta diferencia subsiste incluso aunque se entienda, como Ozcáriz, que cuando en el depósito irregular se ha establecido un plazo, el depositario no está obligado a restituir antes de dicho plazo (ley 534 FN, por remisión de la ley 554 FN) pues el depositario en garantía no está sujeto a un plazo para la restitución, sino que esta surgirá en el momento de vencimiento de la obligación principal, y únicamente si el depositante en garantía cumple con la obligación garantizada.

La ley 474 de la Compilación, así pues, emplea el término “depósito” o “constitución de un depósito” no en sentido técnico sino refiriéndose a la entrega del dinero o bienes fungibles<sup>286</sup>.

### 3.- El depósito en garantía en el sistema de garantías reales del Fuero Nuevo

#### 3.1.- Las garantías reales en el Fuero Nuevo

El Fuero Nuevo dedica su Título VII del Libro III a “las garantías reales”<sup>287</sup>. En él, junto a figuras tradicionales del Derecho navarro<sup>288</sup> se han incluido otras que resultan atípicas para el Derecho común, como el depósito en garantía, lo que ha sido calificado por algunos autores de progresista y fruto de un “estado doctrinal avanzado”, mientras que ha sido criticado por otros sectores doctrinales por no responder a la tradición jurídica propia<sup>289</sup>.

---

<sup>286</sup> El artículo 1851 del *Codice Civile* también emplea la expresión “depósito” de dinero, mercancías o títulos, y se considera que se emplea en una acepción atécnica refiriéndose a la entrega, pues la figura no tiene naturaleza de depósito irregular. GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 466.

<sup>287</sup> La sistemática del Fuero Nuevo es diferente a la seguida por el Código Civil pues aquel trata los derechos reales de garantía tras los derechos reales de goce, y no en sede contractual. Esto puede obedecer al hecho de que las garantías reales no solo se constituyen mediante contrato, sino también mediante estipulación, disposición *mortis causa* o en virtud de la ley (ley 465 FN).

<sup>288</sup> Como destaca GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. “Comentario a las leyes 6-8”, en la obra colectiva dirigida por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXV, Vol. 1. Madrid, Revista de Derecho Privado, Ed. de Derecho Reunidas, 1994, pág. 413. Por el contrario, entiende que la tradición navarra en materia de garantías reales no difería de la tradición general de España y del resto de ordenamientos forales. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra”, *RJN*, 2002, pág. 30.

<sup>289</sup> Entre los primeros: SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., pág. 400. Gimeno resalta que el legislador navarro se atrevió a recoger figuras abandonadas a la doctrina y la jurisprudencia: GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra”, cit., pág. 30. Entre los autores que critican que la regulación no responde a la tradición propia: DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A. *Sistema de Derecho Civil I*, cit., pág. 74. GOMÁ SALCEDO, J.E. *Instituciones de derecho civil común y foral. Tomo I*. 2ª edición, Barcelona, Bosch, 2010, pág. 45. Desde el punto de vista de García-Granero se trata de creaciones de la moderna práctica jurídica navarra: GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. “Comentario a las leyes 6-8”, cit., pág. 413.



El Título se inicia con un Capítulo Primero que se encarga de las “Disposiciones Generales”, y que comprende las leyes 463 a 465. La primera de ellas, con el ladillo “garantías”, establece:

*El cumplimiento de una obligación, o los efectos de su incumplimiento, podrán asegurarse con fiducia, arras, prenda, hipoteca, anticresis, derecho de retención, depósito de garantía, pacto de retracto, reserva de dominio, condición resolutoria, prohibición de disponer u otras cualesquiera formas de garantía real o personal.*

Ha de resaltarse la precisión inicial de esta ley, que puntualiza que lo asegurable es tanto el cumplimiento de una obligación como los efectos de su incumplimiento<sup>290</sup>, así como la regulación conjunta de todas las garantías en un mismo Título, que facilita su conocimiento<sup>291</sup>. A partir de ahí, la enumeración de hasta once figuras de garantía, algunas de las cuales constituyen derechos reales de garantía y otros no, y la referencia a la fianza y a “*cualquiera formas de garantía real o personal*” produce desconcierto y dificultades a la hora de analizar la naturaleza de cada una de ellas y de establecer su régimen jurídico<sup>292</sup>.

La mayoría de los autores critica la alusión a la fianza y otras formas de garantía personal<sup>293</sup>. EGUSQUIZA señala que la inclusión de figuras de naturaleza personal limita la eficacia que pudiera derivarse de su inclusión en este Título<sup>294</sup>, mientras que DORAL entiende que en el elenco de garantías se contienen tipos clásicos de derechos reales de garantía, garantías indirectas “*basadas más bien en la idea de potestad, que establecen una conexión*

---

<sup>290</sup> OZCÁRIZ MARCO, F. “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1558.

<sup>291</sup> SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., pág. 401.

<sup>292</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A. “El Derecho Patrimonial del Fuero Nuevo...”, cit., pág. 4189. SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., pág. 401.

<sup>293</sup> Así, GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra”, cit., pág. 29. Excluye como garantía real las arras y las prohibiciones de disponer (no obstante estas últimas pueden tener carácter real u obligacional). SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., págs. 401-402. Para Ozcáriz, esta referencia a la fianza está “hasta cierto punto” fuera de lugar, pues en la mente del legislador estaba el tratamiento unitario de todas las garantías, aunque finalmente primó el interés en destacar el origen estipulatorio de la fianza. OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474,” cit., pág. 1559.

<sup>294</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A. “El Derecho Patrimonial del Fuero Nuevo...”, cit., págs. 4188-4190.



*patrimonial entre acreedor y deudor” (derecho de opción), y las garantías reales atípicas, que “aspiran a lograr fuera del procedimiento ejecutivo las ventajas inherentes a este”, además de otras de dudosa o difícil calificación*<sup>295</sup>.

Precisamente entre las figuras de dudosa calificación<sup>296</sup> o de utilización de una figura contractual con fin de garantía<sup>297</sup> se señala el depósito en garantía. Aunque también hay que adelantar ya que un buen número de autores lo han identificado con la prenda irregular<sup>298</sup>.

Frente a las dudas sobre el contenido del Título, SANCHO REBULLIDA entendió sin embargo que en la regulación de las garantías reales *“aparecen perfectamente diferenciables los derechos reales y los pactos con trascendencia real que significan una limitación o una carga del dominio, pero sin que por ello lleguen a atribuir al favorecido un derecho subjetivo de carácter verdaderamente real: fiducia, condiciones resolutorias, arras, pacto comisorio, condiciones revocatorias, retracto en función de garantía, retención, depósito, prohibiciones de disponer, etc. La manifestación que en este campo tiene la autonomía de la voluntad no afecta, propiamente, al sistema de la tipicidad de los derechos reales”*<sup>299</sup>. Se reconoce así que la

---

<sup>295</sup> DORAL GARCÍA, J.A. “Las garantías reales en la Compilación navarra”, en AAVV *Conferencias sobre Derecho Foral. Seminario de Derecho Foral*, Facultad de Derecho de San Sebastián, Universidad de Bilbao, ed. Zarauz, 1978, pág. 105 y sig.

<sup>296</sup> Así la califica DORAL GARCÍA, J.A. “Las garantías reales...”, cit., pág. 110 (aunque en los posteriores Comentarios de Albaladejo parece inclinarse hacia la categoría del negocio fiduciario). Sobre la figura del segundo párrafo de la ley 474 del Fuero Nuevo, afirma Lacruz que *“Resulta dudoso si esta segunda figura es verdaderamente un derecho real o solo personal”*. LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros. *Elementos de Derecho Civil III. 2*, 2ª edición (las ediciones posteriores eliminaron la referencia al Derecho civil navarro), 1991, pág. 428.

<sup>297</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A. “El Derecho Patrimonial del Fuero Nuevo...”, cit., pág. 4189.

<sup>298</sup> Véase *infra* epígrafe 3.3.1 de este mismo Capítulo.

<sup>299</sup> SANCHO REBULLIDA, F. A. “El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra”, *ADC*, vol. 27, nº 1, 1974, pág. 78-79. Con más detalle, afirma que en el Título VII se recogen: derechos reales típicos de realización del valor (prenda, hipoteca, anticresis) o de recuperación (pacto de retro, ley 475 FN), garantías reales que son un modo de adquirir frente a terceros el dominio o la titularidad formal de un derecho (fiducia, ley 466) o suponen un pacto de trascendencia real accesorio de una obligación principal (arras, ley 467), o una retención posesoria (derecho de retención, ley 473 y depósito en garantía, ley 474), o bien limitaciones del contenido normal del dominio (prohibiciones de disponer (leyes 481 y 482), o una alteración en el efecto

categoría de garantía real alberga tanto los derechos reales de garantía como otras figuras con trascendencia real, pero que no comparten la estructura de aquellos. Si el derecho de realización y la preferencia tuvieran que estar presentes en todas las formas de garantía no cabe duda de que en la práctica sería imposible o muy difícil la admisión de nuevas figuras<sup>300</sup>. La lógica del Fuero Nuevo en lo que se refiere a las garantías reales es, como señala DORAL, abiertamente diferente a la del Código Civil<sup>301</sup>.

En esta línea, OZCÁRIZ justifica la categoría de garantías reales utilizada por el Fuero Nuevo *“en el intento por parte del legislador navarro de regular de forma agrupada bajo una misma fórmula los derechos reales de garantía y aquellas otras garantías reales (en tanto que recaen sobre un objeto) que no cuentan con el ius distrahendi como las arras o el depósito en garantía, en una clara apuesta por el sistema de numerus apertus de garantías”*<sup>302</sup>.

También SABATER define las garantías reales como aquellas que, sin reunir los caracteres de los derechos reales limitados, suelen utilizarse en la práctica para cumplir una finalidad puramente económica de fomento e

---

transmisivo de la compraventa (reserva de dominio, ley 483) o en su mecanismo de resolución (pacto comisorio, ley 486). Se comparte la conclusión de que junto a los derechos reales de garantía clásicos hay otras figuras de garantía real que desempeñan su función de garantía al margen de la estructura de dichos derechos reales de garantía, pero en lo que respecta al depósito en garantía no cabe incluirla entre las figuras que otorgan una retención posesoria.

<sup>300</sup> Prueba y consecuencia de ello son las dificultades que encuentran la prenda de créditos, la prenda irregular o la fiducia en garantía en el sistema del Código Civil.

<sup>301</sup> DORAL GARCÍA, J.A. “Las garantías reales...”, cit., págs. 111-112. En un trabajo posterior no se muestra tan contundente con la categoría de garantía real. Distingue entre garantías reales típicas y atípicas, y aplica las notas comunes de los derechos reales de garantía a las garantías reales. DORAL GARCÍA, J.A. “Comentarios a las leyes 463-474”, cit., págs. 874 y sig.

<sup>302</sup> OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., págs. 1558-1559. Gimeno parece compartir esta concepción, al afirmar que las garantías reales añaden la reipersecutoriedad de un bien concreto. No obstante, en algunos puntos no diferencia nítidamente entre las características del derecho real de garantía y las de la garantía real. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra” cit., pág. 25-26.

La visión de Salinas trasluce el concepto de garantía real arriba indicado, pues al repasar el concepto histórico del derecho real de garantía señala que originariamente (se refiere al Derecho romano) existían derechos que recaían sobre una cosa, para garantía de un crédito, *“constituyendo estos derechos garantías reales, de la misma manera que la fianza es una garantía personal”*. Esta garantía real, al principio (con la fiducia) *“podía operar mediante la transmisión de la propiedad; pero solo se configura el concepto jurídico de los derechos reales de garantía cuando aparece en los negocios jurídicos la garantía real, pero sin la transmisión de la propiedad”*. SALINAS QUIJADA, F. *Derecho Civil de Navarra. Tomo III. V, 2*, cit., pág. 202.

impulso del crédito. Se trata de figuras de utilización práctica que, o carecen de los caracteres básicos de los derechos reales (inherencia y reipersecutoriedad) o de las notas propias de los derechos reales de garantía (derecho de realización del valor y preferencia para el cobro)<sup>303</sup>.

Se estima necesario, por su importancia, incidir un poco más en la diferencia entre el derecho real de garantía y la garantía real, y traer a colación el Derecho común, pues las dudas acerca del concepto de garantía real que emplea el Fuero Nuevo provienen de la fuerte influencia que ejercen los esquemas propios del Código Civil en cuanto a los derechos reales de garantía.

En efecto, en el ámbito del Derecho común la doctrina mayoritariamente utiliza de forma indistinta o equivalente los términos “derecho real de garantía” y “garantía real”<sup>304</sup>. El empleo de uno u otro término puede ser intrascendente en un sistema en el que solo se admiten derechos reales de garantía tipificados, según la opinión más extendida<sup>305</sup>. Se

---

<sup>303</sup> SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., págs. 400-401. Es el caso, por ejemplo, del derecho de retención.

<sup>304</sup> Por ejemplo, entre otros: GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1873”, en la obra colectiva dirigida por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXIII. Madrid, Revista de Derecho Privado, Ed. de Derecho Reunidas, 1990, págs. 441, 445, etc. LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros. *Elementos de Derecho Civil III. Volumen 2º*, Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad. Madrid, Dykinson, 3ª edición, pág. 200. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. *Curso de Derecho Civil I. Curso de derechos reales*, Granada, Comares, 2005, pág. 214 y sig. MORENO QUESADA, L. *Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, Universidad de Granada, 1987, págs. 17 y sig. LEONSEGUI GUILLOT, R. A. “El derecho a la realización del valor como nota esencial de la prenda” en AAVV, *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pág. 1027.

<sup>305</sup> La tesis de que en cuanto a los derechos reales de garantía rige el *numerus clausus* fue iniciada por Díez Picazo en su trabajo “Autonomía privada y derechos reales”, *RCDI*, 1976, y ha sido seguida por la mayoría de los autores. Así, entre otros: DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A. *Sistema de Derecho Civil Vol. III, I, Derechos reales en general*, 8ª edición, Madrid, Tecnos, 2012, pág. 49. PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos De Derecho Civil T. 3 V. 1: El Derecho Real*, 3ª edición, Barcelona, Bosch, 1989, pág. 36. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. *Curso de Derecho Civil*, cit., pág. 19. LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros. *Elementos de Derecho Civil III, 2*, cit., pág. 17. ROMÁN GARCÍA, A. *La tipicidad en los derechos reales*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1994, pág. 87.

En realidad, si se aplica el concepto de derecho real a los derechos reales de garantía, observan Díez-Picazo y Gullón que falla la inmediatividad, puesto que estos no otorgan un poder directo

justifica esta posición contraria al *numerus apertus* en sede de derechos reales de garantía en que estos entrañan un derecho de realización del valor y derogan la *par conditio creditorum*, cuestiones indisponibles para la voluntad privada, que no puede crear nuevos privilegios o alterar el orden de prelación entre acreedores. El derecho real de garantía es definido como aquel que, además de sujetar un bien determinado al cumplimiento de una obligación, confiere al acreedor la facultad de instar la realización del bien y cobrarse con preferencia, efectos propios de la hipoteca y la prenda<sup>306</sup>.

Sin embargo, existe un sector doctrinal para el que la coherencia del sistema de derechos reales en el Código Civil exige defender también el *numerus apertus* para los derechos reales de garantía<sup>307</sup>. A la luz de la

---

sobre la cosa sino que el titular debe acudir al procedimiento legalmente previsto para realizar el valor de la garantía. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A. *Sistema de Derecho Civil Vol. III, I.* cit., págs. 425-426. En el fondo, entienden que el problema es el propio concepto de derecho real, que por un “sano realismo” debería ser desplazado hacia una percepción de situaciones jurídicas con efectos frente a terceros y situaciones sin dicha nota.

Sin embargo, la doctrina dominante afirma con rotundidad que conceden un poder directo e inmediato sobre la cosa, y para ello apuntan a la existencia de una “especial sujeción” de los bienes gravados al cumplimiento de la obligación, sosteniendo que se trata de auténticos derechos reales. Así, GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1873”, cit., por págs. 441-442. LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros. *Elementos de Derecho Civil III. 2º*, cit., pág. 197. PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos De Derecho Civil T. 3, V. 1*, cit., págs. 14-15. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Las garantías reales”, en AAVV, *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pág. 1427. Como “sujeción o afección de determinados bienes del patrimonio del deudor al buen fin de la obligación” lo define BUSTOS PUECHE, J.E. “Teoría general sobre los derechos reales de garantía”, cit., pág. 540. La cooperación jurisdiccional no priva a tales derechos de la intermediación según FERRANDIS VILELLA, J. “Introducción al estudio de los derechos reales de garantía”, cit., pág. 38. De Reina alude a la ligazón que supone el derecho real de garantía, que conlleva un determinado destino de la cosa. DE REINA TARTIÈRE, G. “Teoría general de las garantías reales”, cit., pág. 722.

<sup>306</sup> Por todos, GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1873”, cit., págs. 442 y 451-454.

<sup>307</sup> El problema para estos autores no se sitúa en la libertad de creación de garantías atípicas sino en sus límites. ROMÁN GARCÍA, A. *La tipicidad en los derechos reales*, cit., pág. 87. Peña admite la posibilidad de constituir garantías reales atípicas, si se respetan las limitaciones a que está sujeta la libertad de configurar derechos reales, y en particular: no puede infringirse la prohibición del pacto comisorio; no cabe convenir prelación de crédito que no respondan a las legalmente establecidas; deberán ser susceptibles de publicidad a través de la posesión o de un Registro. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 4ª edición, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001, págs. 391-392. De Reina resalta que las figuras atípicas deben reunir las mismas características que las previstas expresamente (accesoriedad, especialidad...) para evitar que se conviertan en una vía de vulneración de las

legislación vigente y de la experiencia práctica, concluyen<sup>308</sup>, en primer lugar, que existen figuras con finalidad de garantía y trascendencia real que ponen en cuestión la limitación del número de derechos reales de garantía, como la reserva de dominio, la venta en garantía, etc. y, en segundo lugar, que dado que las normas jurídicas vigentes optan por un sistema de derechos reales basado en el *numerus apertus* (art. 2 LH y art. 7 RH), legalmente no se justifica una opción distinta para los derechos reales de garantía<sup>309</sup>.

---

normas de orden público en materia de garantías reales. DE REINA TARTIÈRE, G. “Teoría general de las garantías reales”, cit., pág. 725 y sig. En el mismo sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “Autonomía privada y garantías reales”, en el vol. col. dirigido por CABANILLAS SÁNCHEZ A. y otros, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Civitas, 2003, págs. 3747-3749.

<sup>308</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “Autonomía privada y garantías reales”, cit., pág. 3749.

<sup>309</sup> Algunos autores partidarios del *numerus apertus* de garantías, para superar el obstáculo que supone que la autonomía privada no puede crear nuevos derechos de preferencia, han cuestionado la esencialidad de la facultad de realización en los derechos reales de garantía. Así, FERRANDIS VILELLA, J. “Introducción al estudio de los derechos reales de garantía”, cit., págs. 49 y sig. BUSTOS PUECHE, J.E. “Teoría general sobre los derechos reales de garantía...”, cit., págs. 541 y sig. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “Autonomía privada y garantías reales”, cit., pág. 3755 y sig.

Para ello parte Ferrandis de que el derecho real de garantía cumple dos funciones, en dos fases diferenciadas: en la primera fase, mientras la obligación principal está pendiente, el derecho real de garantía cumple una función de garantía, al sujetar la cosa al cumplimiento de la obligación principal; en la segunda fase cumple una función satisfactoria, de realización del valor en caso de incumplimiento. Razona el autor que no procede erigir en fundamental esta facultad de instar la venta, puesto que solo entra en juego en supuestos anormales de incumplimiento y porque supondría obviar que la garantía no se dirige a remediar el incumplimiento sino a asegurar el cumplimiento. Además, la facultad de realización del valor ya pertenece a todo acreedor *ex* artículo 1911 del Código Civil. Lo que constituye la esencia del derecho real de garantía, en su opinión, no es la función satisfactoria, es decir, la facultad de instar la venta del objeto sobre el que recae la garantía, sino la función de garantía.

Leonseguí ha rebatido estos argumentos poniendo en evidencia que aunque no siempre se ejercite, siempre existe la facultad de realización del valor. El hecho de que todo acreedor disponga del poder de agresión que le otorga el artículo 1911 del Código Civil no le resta valor a la facultad de realización específica que otorga la garantía, pues el acreedor garantizado podrá elegir entre ir contra el objeto de la garantía o contra el resto del patrimonio del deudor, estando de acuerdo en que la garantía no se dirige a remediar el incumplimiento, sino a asegurar el cumplimiento. Así, concluye que el derecho de garantía cumple su función en dos fases, ninguna de ellas más importante que la otra, siendo la facultad de realización parte del contenido invariable e indisponible del derecho real de garantía, de acuerdo con la doctrina mayoritaria. LEONSEGUI GUILLOT, R. A. “El derecho a la realización del valor...”, cit., págs. 1030-1031.

El enfrentamiento entre la posición que considera la facultad de realización esencial en los derechos reales de garantía y la que lo niega trae causa de la posición opuesta de los respectivos autores en cuanto a la posibilidad de crear nuevos derechos reales de garantía. Si se admite dicha

El debate se centra en la posibilidad de crear nuevos derechos reales de garantía y en sus límites, cuando lo que se quiere defender, en la mayoría de ocasiones, es la admisibilidad de figuras atípicas de garantía que recaen sobre un bien, pero que no constituyen un derecho real de garantía. Como certeramente apuntó SANCHO REBULLIDA, la manifestación de la autonomía de la voluntad en este campo no afecta propiamente a la tipicidad de los derechos reales.

En el ámbito del Código Civil hay autores que alcanzan la conclusión de que son garantías reales aquellas que dispensan al acreedor un aumento de su seguridad mediante la sujeción o afección de un bien concreto<sup>310</sup>. De acuerdo con este sector doctrinal, las garantías reales comprenden, por un lado, los derechos reales de garantía y, por otro, aquellas figuras en las que se proporciona seguridad al acreedor mediante la sujeción de un bien concreto sin que se constituya un derecho real de garantía. Los derechos reales de garantía presentan una estructura bien conocida, común a la prenda y la hipoteca: comportan el derecho de realización del valor, unido a los derechos de preferencia en el cobro y persecución aunque el bien haya salido del patrimonio del deudor. Las garantías reales no comportan, en cambio, un

---

posibilidad, es cierto que no todas las figuras de garantía posibles comportan la facultad de realización del bien. Si se niega, es cierto también que todos los derechos reales de garantía la conceden.

La clave, sin embargo, no es la posibilidad de creación de nuevos derechos reales de garantía, sino la necesaria distinción entre la estructura típica de los derechos reales de garantía y la función de garantía, que puede ser desempeñada al margen de tal estructura típica. En tal sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “Autonomía privada y garantías reales”, cit., pág. 3758.

<sup>310</sup> CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1995, págs. 30-31. GIL RODRÍGUEZ, J. “La prenda de derechos de crédito” en el vol. col. coordinado por UBALDO NIETO, C. y otros, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, págs. 337-338. MARTÍN OSANTE, L. C. “Prenda de créditos. Prenda de imposiciones bancarias a plazo fijo. Eficacia frente a terceros y preferencia de la prenda de créditos. Embargo de créditos”, *CCJC*, nº 53, 2000, pág. 526. Implícitamente, aunque no emplea la expresión “garantía real” sino afección real: AMOROS GUARDIOLA, M. “La garantía patrimonial y sus formas”, cit., pág. 568 y sig. Por su parte, Peña denomina garantías reales a las garantías distintas de la prenda, la hipoteca y la anticresis, que confieren al acreedor facultades de carácter real que aseguran la efectividad de un crédito. Algunas de ellas son atípicas y otras cuentan con una regulación más o menos completa. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales*, cit., pág. 391.

En un trabajo anterior Cruz había sostenido el término “garantía real” como concepto contrapuesto al de garantía personal, comprensivo de garantías que no constituyendo derechos reales no son garantías personales. CRUZ MORENO, M. “La prenda de créditos”, *RCDI*, vol. 69, nº 618, 1993, págs. 1271-1272.

derecho de realización ni el otorgamiento de preferencia para el cobro. En el Derecho común estas constituyen generalmente garantías atípicas, como la venta en garantía. De esta forma el grupo de garantías reales es más amplio que el de derechos reales de garantía, que supone un subgrupo dentro de aquella categoría<sup>311</sup>.

Esta diferenciación es plenamente aplicable al sistema navarro de garantías reales, que se caracteriza por la libertad para su creación<sup>312</sup>, y coincide plenamente con la opinión de los autores citados más arriba, destacadamente por SANCHO REBULLIDA. En efecto, el Fuero Nuevo reconoce la división entre las garantías personales y reales (ley 463 FN), en el sentido de que las garantías personales suponen la afección de un nuevo patrimonio a la garantía del acreedor, y las garantías reales implican la especial afección de una cosa determinada al cumplimiento de la obligación. Si se examinan las figuras contenidas a partir de la ley 466, se comprueba que todas ellas recaen sobre un bien, sea una cosa o un derecho (garantía fiduciaria, arras, prenda, derecho de retención, venta con pacto de retro, depósito en garantía), excepto las prohibiciones de disponer (leyes 481-482 del FN, aunque su inclusión aquí puede justificarse ya que pueden tener doble carácter, real o personal). Dentro de estas garantías reales caben los derechos reales de garantía clásicos, fundamentalmente la prenda y la hipoteca (ley 464 FN), que otorgan al acreedor un derecho de realización del valor de la cosa objeto de garantía, un derecho de preferencia y un derecho de persecución del bien. Pero además también se recogen figuras que afectan un bien concreto al cumplimiento de una obligación al margen de este esquema de funcionamiento, por ejemplo la transmisión fiduciaria. Ostentan eficacia real, puesto que son oponibles *erga omnes*, pero emplean mecanismos propios: las garantías que utilizan el dominio tienen eficacia real precisamente porque el derecho de propiedad

---

<sup>311</sup> Excepto para De Reina, que reserva el término garantías reales para los derechos reales de garantía atípicos. DE REINA TARTIÈRE, G. “Teoría general de las garantías reales”, cit., pág. 736.

<sup>312</sup> Al respecto nos remitimos al epígrafe siguiente, y a las notas (325 y 326).



posee esa eficacia<sup>313</sup>, y las que utilizan la posesión (el derecho de retención) se sirven de este derecho real limitado<sup>314</sup>.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su sentencia de 26 de octubre de 1999 ha reconocido la importancia y autonomía del concepto de garantía real y ha establecido que todas las figuras comprendidas en él tienen en común la causa de garantía<sup>315</sup>.

Sentado lo anterior, hay que reconocer que otras de las críticas que se le han hecho a la ley 463 son certeras, en concreto, por incluir la fianza y hacer referencia a “*cualesquiera otras garantías personales*”, dentro de la regulación dedicada a las garantías reales. A este respecto, señala OZCÁRIZ que tal vez la intención del legislador fuera ofrecer un tratamiento unitario de todas las garantías, tanto personales como reales, a las que resulta común la nota de la accesoriedad, como parece apuntar el ladillo “*garantías*” de la ley 463 y la alusión a la fianza, aunque admite que para ello el legislador debió

---

<sup>313</sup> No obstante, la existencia de una garantía real es dudosa, al menos, en el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN), según apuntaba Lacruz (véase nota nº 296), y será objeto de estudio en el Capítulo III.

<sup>314</sup> FERRANDIS VILELLA, J. “Introducción al estudio de los derechos reales de garantía”, cit., págs. 60-62.

No obstante, esto no significa que todas las garantías reales constituyan contratos de garantía, en el sentido aquí utilizado de que atribuyan al acreedor un derecho subjetivo nuevo que le permita la realización de su inicial derecho de crédito frente al deudor con independencia del ejercicio de este (por ejemplo, no constituirían contrato de garantía las arras o las prohibiciones de disponer).

<sup>315</sup> Aunque sus pronunciamientos no aclaran de forma concluyente si se entiende el concepto de garantía real como contrapuesto a garantía personal y por tanto recae sobre cosas, o si se refiere al grupo de garantías que utilizan el dominio. Establece dicha sentencia: “...*es de destacar, por la importancia decisiva que tiene en la resolución del presente recurso, que, conforme a lo dispuesto en la Ley 463, (la fiducia) constituye una más de las formas de garantía real o personal del cumplimiento de una obligación, junto con las arras, la prenda, hipoteca, anticresis, el derecho de retención, depósito de garantía, pacto de retracto, reserva de dominio, condición resolutoria y la prohibición de disponer, que vienen siendo reguladas en los distintos capítulos que conforman el mencionado Título VII, que se cierra con la Ley 487.*

*En este sentido, ha de tenerse en cuenta la analogía existente entre la fiducia «cum creditore», con los demás negocios jurídicos de garantía real, entre ellos el de la compraventa con pacto de retro en garantía, que tiene la misma finalidad de aseguramiento de una obligación principal, distinguible de la venta con pacto de retro o a carta de gracia, regulada en la Ley 576, supuesto de derecho de retracto, que no tiene finalidad de garantía, salvo que el vendedor mantenga la posesión de la cosa, que, por efecto de lo dispuesto en la Ley 584 y a diferencia de los demás casos de retracto en la compraventa, se regirá por lo dispuesto en el Capítulo II del Título VII, en el que se contienen, como queda dicho, las garantías reales.”*



haber dado un paso más (y no incluir la fianza, por ejemplo, en sede de estipulaciones)<sup>316</sup>.

En nuestro parecer, probablemente el legislador navarro quiso dedicar unas normas comunes a todas las garantías, personales o reales, contenidas en las Disposiciones comunes de las leyes 463 a 465, señalando la libertad de creación de garantías y su accesoriedad (ley 463 FN), el régimen aplicable a cada una de ellas (ley 464 FN) y su fuente, que puede ser una estipulación, un contrato, una disposición *mortis causa*, o la ley (ley 465 FN), y posteriormente regular a partir de las leyes 466 y siguientes las específicas formas de garantía real. La denominación del Título VII entonces debió ser “Garantías” o “Disposiciones comunes a las garantías”, en lugar de “Garantías reales”, al igual que la referencia de la ley 465 a la obligación de constituir “garantía real”, pasando a regularse las garantías reales a partir del Capítulo II.

En este contexto, el depósito en garantía en manos del acreedor debe ser considerado una garantía real, pues afecta un bien concreto, en este caso dinero o bienes fungibles, al cumplimiento de una obligación. El efecto real lo obtiene este tipo de garantía gracias a la transmisión del derecho de propiedad sobre los bienes al acreedor, que de esta forma puede oponer su derecho frente a todos, señaladamente frente a los eventuales acreedores del depositante que pretendieran embargar los fondos o los bienes objeto de garantía<sup>317</sup>.

### **3.2.- Notas comunes a las garantías reales. Especial atención a la prohibición del pacto comisorio**

Como notas comunes a las garantías reales cabe señalar las siguientes<sup>318</sup>:

---

<sup>316</sup> OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1559.

<sup>317</sup> El único bien embargable por estos acreedores sería el crédito a la restitución que surgiría para el acreedor en caso de cumplimiento de la obligación principal por el deudor, pero aún así, se trata de un crédito eventual. Véase epígrafe 4.6.

<sup>318</sup> Coinciden básicamente en cuanto a estas notas comunes: GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra”, cit., págs. 32-33; SABATER BAYLE, E. “Las garantías

- a) La accesoriedad. Es la característica más clara y común a todas ellas, prevista en la ley 463 del Fuero Nuevo (“*el cumplimiento de una obligación o los efectos de su incumplimiento...*”), primera ley del Capítulo I “Disposiciones generales”. La accesoriedad determina que la garantía real esté subordinada y sujeta a la misma suerte que la obligación principal que garantiza.
- b) La vinculación de un bien a la satisfacción de un crédito. Relacionado con esta vinculación se encuentra el principio de especialidad, por el cual es necesario determinar el bien o derecho sobre el que se constituye la garantía.
- c) El origen de las garantías reales. De acuerdo con la ley 465 del Fuero Nuevo, las garantías reales pueden nacer en virtud de una estipulación, un contrato, una disposición *mortis causa* o por disposición de la ley<sup>319</sup>.
- d) La posibilidad de que sean constituidas por el deudor o por un tercero.
- e) La indivisibilidad, salvo pacto en contra, que implica que hasta la total satisfacción del crédito no se extingue la garantía.
- f) La exigencia de la capacidad necesaria para actos de disposición, para la válida constitución de una garantía real.

Como categoría más amplia que la de los derechos reales de garantía, algunas características comunes a estos no son trasladables a las garantías

---

reales...”, cit., págs. 404-405; Doral incluye el derecho de realización y el otorgamiento de preferencia entre las notas comunes a las garantías reales, partiendo de las notas que corresponden a las típicas y entendiendo por tales no las típicas para el Fuero Nuevo (que serían todas ellas) sino las típicas según el Código Civil, esto es, la prenda, la hipoteca y la anticresis. Posteriormente admite que hay garantías con y sin prelación. DORAL GARCÍA, J.A. “Comentarios a las leyes 463-474”, cit., págs. 874-877.

<sup>319</sup> No se recoge como fuente de la garantía real la donación ni las disposiciones sobre el régimen de bienes en el matrimonio (que sí se señalan como fuente de las obligaciones por la ley 488 FN). Señala Ozcáriz que no se comprende muy bien el porqué de esta exclusión. OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1564. Puede entenderse que quedan subsumidas en la ley, aunque ciertamente será extraño que las normas sobre régimen económico del matrimonio obliguen a constituir una garantía. Tampoco la donación entra en el esquema de la garantía real.

reales<sup>320</sup>. Destacadamente, el *ius distrahendi* es una característica que reúnen la prenda (ley 469 FN) y la hipoteca (por remisión de la ley 464 FN a su régimen específico), pero no está presente en otras garantías reales, como la fiducia o el derecho de retención. En cuanto al derecho de preferencia, su establecimiento escapa al ámbito competencial del legislador navarro (art. 149.1.8ª CE), y no caben derechos de preferencia distintos a los legalmente previstos, atribuidos a los acreedores pignoraticio e hipotecario.

Las garantías reales ofrecen diferente grado de protección al acreedor<sup>321</sup> y consiguen su eficacia *erga omnes* de diferente manera, bien mediante el empleo de la posesión (en la retención posesoria), mediante la utilización del dominio, bien mediante la adición de pactos con eficacia real (prohibición de disponer -ley 481 FN-, pacto de reserva del dominio -ley 483 FN-<sup>322</sup>). Las garantías reales que utilizan el dominio no necesitan de preferencia para desempeñar su función de garantía, al conferir exclusividad al acreedor<sup>323</sup>.

El elenco de garantías reales dentro del cual se incluye el depósito en garantía (ley 474 FN) se enmarca en un sistema caracterizado primordialmente por el amplio margen otorgado a la autonomía de la voluntad

---

<sup>320</sup> La práctica totalidad de los autores en el ámbito del Derecho común suele deducir unas notas comunes a los derechos reales de garantía a partir de las disposiciones comunes que contiene el Código Civil para todos ellos (arts. 1857 a 1862 CC), y del régimen de la hipoteca y la prenda. Siguiendo a Guilarte (GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., págs. 442 y sig.) las notas características de los derechos reales de garantía son: su finalidad de garantía y su consiguiente carácter accesorio; la cosa ha de pertenecer en propiedad al constituyente de la garantía, quien debe tener la libre disposición de sus bienes (art. 1857.1.2º y 3º CC); otorgan la facultad de instar la venta del objeto sobre el que recae la garantía (art. 1858 CC); confieren preferencia para cobrar sobre el dinero obtenido de la venta del bien (art. 1922 y 1923 CC); rige la prohibición del pacto comisorio (art. 1859 CC); y, por último, la garantía es indivisible (art. 1860 CC).

<sup>321</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “Autonomía privada y garantías reales”, cit., pág. 3757 y sig.

<sup>322</sup> Sobre este, véase EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. “Algunos apuntes para el estudio de la ley 483 del Fuero Nuevo de Navarra”, *RJN*, nº 15, enero-junio 1993, págs. 150 y sig.

<sup>323</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “Autonomía privada y garantías reales”, cit., pág. 3760. Por ejemplo, en la venta a carta de gracia (leyes 475 y sig. FN), el acreedor garantizado deviene propietario del bien entregado, que no puede ser objeto de agresión por otros acreedores.

(ley 463 FN), en consonancia con el principio de libertad civil (ley 7 FN)<sup>324</sup>. En aplicación de esta libertad, es posible la creación de nuevas figuras de garantía real, incluyéndose la configuración de nuevos derechos reales de garantía; cabe también disponer del contenido normal de los tipos legales; o decidir en ciertos casos si un determinado derecho tiene naturaleza real o no<sup>325</sup>.

El depósito en garantía no es una figura atípica, y por tanto no es necesario plantear su admisibilidad<sup>326</sup>, pero sí es pertinente mencionar los límites que encuentra la libertad de creación o modificación de las garantías reales, pues contribuyen a delimitar los contornos de la figura en estudio.

---

<sup>324</sup> Específicamente a favor del sistema de libre creación y configuración de las garantías en el Derecho navarro: SANCHO REBULLIDA, F. A. “El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo...”, cit., pág. 75. y 78. DORAL GARCÍA, J.A. “Las garantías reales...”, cit., págs. 104 y sig. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra”, cit., págs. 31-32. SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., pág. 403.

Con carácter más general, García-Granero afirma que en el Derecho Civil navarro se proclama enérgicamente la libertad en la creación y configuración de los derechos reales, como consecuencia del principio *paramiento fuero vienze* recogido en las leyes 7 y 8 de la Compilación, que preside todo el ordenamiento privado navarro. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. “Comentario a las leyes 6-8” cit., pág. 413. También a favor del sistema de *numerus apertus* en el Derecho patrimonial navarro, en todos los ámbitos y no solo en el obligacional: EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. “El Derecho Patrimonial del Fuero Nuevo...”, cit., págs. 4149-4150.

<sup>325</sup> En ese sentido, GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra”, cit., pág. 31. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. “Comentario a las leyes 6-8”, cit., págs. 413 y sig. Aunque hay que advertir que la creación de nuevas figuras de derecho real de garantía encuentra como límite la propia estructura del derecho real, como apuntan: SANCHO REBULLIDA, F. A. “El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo...cit., pág. 78. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra”, cit., págs. 31-32. EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. “El Derecho Patrimonial del Fuero Nuevo...”, cit., pág. 4187.

En tal sentido se pronuncia la Resolución de la DGRN de 4 de octubre de 2013, con cita de otras anteriores, sobre la posibilidad de constituir derechos reales atípicos, que deberán gozar por tanto de los caracteres de absolutividad e inmediatez inherentes a los derechos reales.

Por otro lado, cuando un tipo concreto de derecho sea susceptible de reunir o no los caracteres de inmediatez y absolutividad propios de los derechos reales, los particulares deben decidir si quieren configurarlo con eficacia real o como relación meramente obligacional. (como sucede, por ejemplo, con el derecho de opción en la ley 460 FN). Como contrapartida a esta libertad, el título constitutivo deberá prever expresamente cuál es la naturaleza del derecho y su régimen jurídico.

No obstante, también hay que señalar que el Fuero Nuevo en ocasiones contiene presunciones que determinan cuándo una situación ha de considerarse garantía real, como la ley 475.2.º, que presume que la venta con pacto de retro será garantía real no solo cuando así se establezca en el título sino cuando el vendedor continúe por cualquier título en posesión de la cosa (ley 584 FN).

<sup>326</sup> A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del Derecho común.

A este respecto, la posibilidad de configurar nuevas figuras de garantía real está sujeta a los límites propios del principio *paramiento fuero vienze* (ley 7 FN), algunos de los cuales merecen cierta atención en relación a la materia que nos ocupa, en particular el orden público y la existencia de precepto prohibitivo en la Compilación<sup>327</sup>.

En cuanto al primero de ellos, aunque no existe total consenso, para RUBIO TORRANO el concepto de orden público, siendo de difícil determinación, ofrece una doble vertiente: orden público interno, referido al propio ordenamiento navarro, constituido por los principios que conforman su núcleo esencial, y orden público constitucional, en el que se encuentran recogidos los principios jurídicos fundamentales de la Constitución de 1978<sup>328</sup>.

GIMENO, dentro del orden público, considera el más serio de los límites para la creación de garantías las leyes procesales, puesto que en caso de incumplimiento de la obligación garantizada el acreedor deberá acudir a los Tribunales para realizar la garantía<sup>329</sup>. Añade que el *paramiento* no alcanzaría a modificar las normas reguladoras del concurso de acreedores y la prelación de créditos, lo que implica que, llegado el momento de su ejecución, una figura de garantía real creada *ex novo* por la voluntad de los particulares carecería de eficacia alguna, puesto que no tendría preferencia frente al resto de acreedores. A nuestro juicio el concepto de orden público

---

<sup>327</sup> También actúan como límites al principio *paramiento fuero vienze* la moral, que Rubio Torrano define como “*referente ético o conjunto de principios y valores que tiene como suyos una determinada comunidad en un momento histórico concreto*”, y el perjuicio de tercero, que según el mismo autor prohíbe que la declaración de voluntad se emita en perjuicio del derecho de un tercero o una expectativa jurídica digna de protección. RUBIO TORRANO, E. “Comentario a las leyes 1-10”, en la obra colectiva dirigida por RUBIO TORRANO, E. *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, págs. 40-41.

<sup>328</sup> RUBIO TORRANO, E. “Comentario a las leyes 1-10” cit., págs. 40-41. En la misma línea aunque en sentido negativo De Pablo, para quien el orden público comprende tanto las materias indisponibles para la voluntad privada como los principios inderogables por esta, tanto del Derecho estatal como del Derecho navarro. DE PABLO CONTRERAS, P. *Curso de Derecho Civil Navarro, Tomo I. Introducción. Parte general*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1990, págs. 135-136. García-Granero entiende, sin embargo, que el orden público es un concepto de carácter político que no añade contenido a la ley 7 y que se mantuvo porque figuraba en proyectos anteriores GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. “Comentario a las leyes 6-8”, cit., pág. 390.

<sup>329</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra”, cit., págs. 31-34. Aunque el autor aúna los límites a la creación de garantías con las notas comunes a las garantías reales, que aquí se recogen por separado.

limitador de la autonomía de la voluntad debe quedar separado claramente de la cuestión de la distribución de las concretas competencias entre Navarra y el Estado. Las cuestiones a las que alude el citado autor (leyes procesales, normas reguladoras del concurso, prelación de créditos) forman parte de materias reservadas a la competencia legislativa exclusiva del Estado (arts. 149.1.6º y 8º CE), por lo que no resultaría aplicable el Derecho navarro (ni por tanto el Fuero Nuevo y su ley 7)<sup>330</sup>. Sin embargo, tal y como señala GIMENO es absolutamente cierto que una garantía real, sea típica o atípica, que carezca de preferencia, no goza de eficacia alguna, estando fuera del alcance tanto del legislador navarro como de la voluntad privada la creación de nuevas prelaciónes entre créditos<sup>331</sup>.

Por otro lado, la libertad de pacto cede ante la existencia de precepto prohibitivo de la Compilación. Merece especial atención a este respecto la prohibición del pacto comisorio, que puede definirse como “*acuerdo entre deudor y acreedor para que los bienes ofrecidos en garantía real por el primero ingresen de manera inmediata en el patrimonio del segundo, si llegado el vencimiento del crédito, cuya satisfacción aquellos salvaguardan, no se cumple*”<sup>332</sup>. La protección del deudor frente al riesgo de abuso por parte del acreedor es el argumento más utilizado para defender la imposibilidad de que este se apropie automáticamente del bien dado en garantía y sin duda estuvo en el origen de la prohibición<sup>333</sup>. En el sistema de derechos reales de

---

<sup>330</sup> Aunque tanto si se considera la distribución de competencias como una cuestión anterior a la aplicación del Derecho navarro, como si se considera que está dentro del orden público constitucional, la consecuencia práctica es la misma: el legislador navarro no tiene competencia sobre dichas materias.

<sup>331</sup> Más adelante se constatará, no obstante, que por el funcionamiento de algunas garantías reales, como la fiducia *cum creditore* o el depósito en garantía, no precisan del otorgamiento de preferencia.

<sup>332</sup> DURÁN RIVACOBÁ, R. *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pág. 68.

<sup>333</sup> Por todos, DURÁN RIVACOBÁ, R. *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, cit., págs. 82-109. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 en caso de ejecución de los bienes embargados permite adjudicar el bien por un 50% por ciento del avalúo, en el caso de muebles, o por un 70%, en el caso de inmuebles que puede disminuir hasta el 50% siempre que no se trate de la vivienda habitual del ejecutado (arts. 691 en relación con los arts. 650 y 670 y 671 de la LEC). A nuestro parecer es más que dudoso que se consiga una mejor protección del deudor con la prohibición preventiva de que el acreedor pueda apropiarse del bien. El propio autor en algunos momentos señala este punto de desasosiego. Como otros motivos que justifican la prohibición señala Durán: el acuerdo por el que el acreedor se apropia de la cosa objeto de la garantía es contrario a la estructura típica de los derechos reales

garantía del Código Civil ha constituido tradicionalmente una regla imperativa, inderogable por la voluntad privada y extensible también, o incluso con mayor razón, a las garantías atípicas<sup>334</sup>. No obstante, a partir de la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2005, que permite la ejecución por apropiación del objeto sobre el que recae la garantía financiera (art. 11 RDL), la prohibición del pacto comisorio como norma de orden público se ha quebrado para ciertas garantías, como ha reconocido el propio Tribunal Supremo<sup>335</sup>.

Que esta prohibición tenga carácter general no está tan claro en el sistema de garantías reales navarro, pues mientras en el caso de la prenda se prohíbe el pacto por el que el acreedor se apropie del objeto de la garantía (ley 469 FN), se admite sin embargo para la fiducia (ley 466 FN), para la venta a carta de gracia (ley 475 y sig. FN) y para la venta con pacto comisorio (ley 486 FN). El Fuero Nuevo recoge así la regulación tradicional en Navarra, pues históricamente se ha considerado prohibido el pacto comisorio respecto a la prenda y la hipoteca, por aplicación del Derecho romano y, sin embargo, la costumbre admitió el pacto comisorio para las ventas<sup>336</sup>.

---

de garantía y por tanto los desnaturaliza; la defensa de terceros y el principio de *par conditio creditorum* impiden que un acreedor se imponga injustamente sobre los demás (aunque el propio autor advierte de que la defensa del resto de acreedores ante un pacto comisorio solo debe tener lugar en la medida de la presencia de un ánimo por el deudor tendente a burlar sus expectativas, y en este caso se cuentan con instrumentos jurídicos de protección, como la acción rescisoria del artículo 1111 del Código Civil); razones de prudencia legislativa, que aconsejan, teniendo en cuenta los posibles intereses en juego, prevenir el acuerdo por presumiblemente abusivo; las formas de ejecución solo pueden ser las previstas por el legislador y el pacto comisorio implica una suerte de autoejecución privada proscrita.

<sup>334</sup> Por todos, REGLERO CAMPOS, L.F. “Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio”, en el vol. col. coordinado por UBALDO NIETO, C. y otros, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, pág. 425.

Sobre su extensión a las garantías atípicas, además de Reglero: DURÁN RIVACOBIA, R. *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, cit., pág. 82. DE REINA TARTIÈRE, G. “Teoría general de las garantías reales”, cit., pág. 747.cit., pág. 425.

<sup>335</sup> Sentencias de 24 de junio de 2010 y 10 de noviembre de 2011.

<sup>336</sup> Así lo señala ALONSO, J. *Recopilación y comentarios de los Fueros...*, cit., pág. 87. Gimeno da cuenta de la admisión del pacto comisorio en el Fuero de Estella (II, 27,1). GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra”, cit., pág. 32.

A este respecto, la nota a la ley 489 de la Recopilación Privada, respecto a la venta con pacto de retro, afirma: “*El Derecho romano (Cod. 8, 34, 3) prohíbe el pacto comisorio. Sin embargo, en el*



La posibilidad de que el acreedor se apropie del objeto dado en garantía para algunas figuras y su prohibición para la prenda se ha tachado de combinación “incoherente” por DURÁN, en “*un ordenamiento además tan influenciado por los requerimientos de la buena fe y la moral*” que, sin embargo, permite acuerdos poco respetuosos con los intereses del deudor<sup>337</sup>. Por su parte OZCÁRIZ y SABATER se han sumado a la crítica, apuntando además que incluso para la prenda se prohíbe el pacto comisorio pero se permiten otras formas de venta (ley 469 FN), ajenas a la subasta o a cualquier tipo de control, lo cual posibilita que el acreedor venda la cosa objeto de la garantía por cualquier importe, aunque resulte muy inferior a su valor, con evidente perjuicio para el deudor o propietario del bien, resultado que se pretende eludir con la prohibición del pacto comisorio<sup>338</sup>.

Ante la aparente contradicción legislativa, algunos autores se han mostrado a favor de la extensión de la prohibición del pacto comisorio a todas las garantías reales<sup>339</sup>. GIMENO se apoya en su previsión para el derecho-tipo, que es la prenda (ley 469 FN), y su prohibición en el Derecho romano<sup>340</sup>. DORAL coincide en esta aplicación extensiva indicando que la prohibición del pacto comisorio es un límite intrínseco a la libertad de pacto sobre la forma de ejecución<sup>341</sup>.

---

*Derecho navarro se admite por costumbre. En la regulación de esta ley se han previsto garantías para el deudor, como son la notificación y el plazo”. Recopilación Privada, cit., pág. 256.*

Ozcáriz señala que la fiducia y la prenda no coexistieron en el Derecho romano sino que esta sucedió a aquella, por lo que su convivencia en un texto legal da lugar a esta extraña compatibilidad entre la prohibición del pacto comisorio para la prenda y su admisión para la fiducia. Aunque se pregunta entonces cuál es la justificación de la prohibición del pacto comisorio en sede de prenda. OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1561.

<sup>337</sup> DURÁN RIVACOBA, R. *La propiedad en garantía...* cit., pág. 270.

<sup>338</sup> OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474” cit., pág. 1561. SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., pág. 404. Doral incluye como “otra forma de venta” en la prenda el pacto comisorio marciano y el pacto comisorio *ex intervallo*, por lo que concluye que la situación en Navarra es idéntica a la del Estado: prohibición del pacto comisorio y admisión del pacto marciano y del pacto *ex intervallo*, en los que se considera que el deudor no queda desprotegido. DORAL GARCÍA, J.A. “Comentarios a las leyes 463-474”, cit., pág. 917.

<sup>339</sup> A favor de su extensión incluso a la fiducia de la ley 466 del Fuero Nuevo: FUENTESECA DEGENEFTE, C. *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997, pág. 191.

<sup>340</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra”, cit., pág. 32.

<sup>341</sup> DORAL GARCÍA, J.A. “Comentarios a las leyes 463-474”, cit., pág. 916.



En nuestra opinión, para aclarar si la prohibición del pacto comisorio resulta aplicable a todas las garantías reales de la Compilación se ha de recuperar el concepto de garantía real, y la razón fundamental para sostener dicha prohibición, que es la protección del deudor.

Por un lado, algunos tipos de garantía real, que el legislador navarro admite y tipifica, se basan precisamente en la transmisión de la propiedad al acreedor y en ellos no se puede hablar técnicamente de pacto comisorio. En la fiducia en garantía (ley 466 FN), por ejemplo, el acreedor se convierte en propietario del bien frente a terceros desde el momento mismo de constitución de la garantía (si bien es una propiedad fiduciaria). Producido el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, el acreedor hace definitivo su derecho de propiedad sobre la cosa, pero no se apropia de la misma, pues esta ya le pertenecía. El pacto comisorio no tiene cabida en la estructura de estas garantías reales.

El problema entonces no es la apropiación del bien por el acreedor, la transferencia misma de la propiedad sino, por un lado, la adecuada valoración del bien objeto de garantía y, por otro, la obligación del acreedor de restituir el eventual exceso de valor al deudor<sup>342</sup>. En el fondo, estas dos ideas son las que justifican la prohibición del pacto comisorio, y a su vez, posibilitan su relajación en algunos casos en los que el deudor no queda desprotegido. En esa línea, se ha planteado la validez de los siguientes pactos<sup>343</sup>:

- Pacto marciano: consiste en el acuerdo por el cual en caso de incumplimiento se compensa la deuda previa estimación del valor de la cosa y con restitución del eventual exceso al deudor. La

---

<sup>342</sup> En el mismo sentido CARRASCO PERERA, A. *Los derechos de garantía en la ley concursal*, 2ª ed. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008, págs. 243-245. LYCZKOWSKA, K. *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo*. Cizur Menor, Thomson Reuters, 2013, pág. 265.

En realidad esa es la preocupación que subyace cuando se critica la posibilidad de que en la prenda se proceda a una venta extrajudicial del bien al margen de la subasta notarial.

<sup>343</sup> REGLERO CAMPOS, L.F. “Ejecución de las garantías reales mobiliarias...”, cit., págs. 434-435. A favor de ambos Durán, aunque con mayores cautelas en cuanto al segundo. DURÁN RIVACOBÁ, R. *La propiedad en garantía*, cit., págs. 71-72. En el mismo sentido GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1873”, cit., pág. 460. DE REINA TARTIÈRE, G. “Teoría general de las garantías reales”, cit., págs. 747-748. En contra de ambas modalidades, BUSTOS PUECHE, J.E. “Teoría general sobre los derechos reales de garantía”, cit., págs. 565-567.

mayoría de autores admite su validez al no existir riesgo de abuso en perjuicio del deudor.

- Pacto comisorio *ex intervallo*: más controversia entraña este pacto por el que se conviene que el acreedor se apropie de la cosa dada en garantía celebrado con posterioridad a la constitución de la garantía y antes del vencimiento de la obligación principal.

Asimismo, la adecuada valoración del bien y la obligación del acreedor de restituir el exceso al deudor sirven para justificar que la apropiación de los bienes por el acreedor en la prenda irregular y en la prenda de créditos no infringe la prohibición del pacto comisorio<sup>344</sup>. Es opinión unánime que no se vulnera la prohibición del pacto comisorio en la prenda irregular (sea cual sea la concepción que se sostenga sobre la naturaleza de la figura), porque al recaer la garantía sobre dinero o bienes fungibles de fácil valoración no hay riesgo de minusvaloración para el deudor. El valor de la garantía se compensará con el valor de la obligación garantizada, y habrá que restituir el eventual exceso al constituyente (expresamente lo declara el art. 1851 del *Codice Civile*). Respecto a la prenda de créditos, en ella el mecanismo de realización consiste en que el acreedor se “apropia” del crédito garantizado, lo que se traduce en que cobrará el crédito y lo compensará con el importe de la deuda garantizada, o recibirá el dinero y lo conservará, con adquisición de su propiedad, hasta el vencimiento de la obligación asegurada. El propio Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de abril de 1997 expresó claramente cómo este mecanismo de compensación “*no repugna*” la prohibición del pacto comisorio puesto que no existe riesgo de abuso en detrimento del deudor.

Por último, en el Derecho de los países de nuestro entorno se asiste a una flexibilización de la prohibición del pacto comisorio también en sede de prenda, sin que ello implique prescindir de la valoración adecuada de la cosa y de la obligación del acreedor de restituir el exceso. En Francia se ha abolido la tradicional prohibición y el actual artículo 2348.1 del *Code Civil* permite añadir a la prenda, en el momento de su constitución o en un momento posterior, el pacto por el que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa pignorada, aunque se establecen ciertas cautelas para conseguir el objetivo de mantener la garantía y evitar el perjuicio del deudor: el valor del bien se fija

---

<sup>344</sup> Respectivamente, notas 531 y 420.

en el momento de adjudicación al acreedor, por un experto designado de mutuo acuerdo o judicialmente, y el acreedor debe devolver el exceso (art. 2348.3 *Code Civil*). El Código Civil portugués también admite la adjudicación de la cosa pignorada al acreedor (art. 675 CC), si existe acuerdo para ello y con el requisito de que la valoración la realice en este caso un Tribunal. Igualmente, se admite la venta extrajudicial del bien, si así se ha pactado. De forma similar, en Italia es posible esta venta extrajudicial si la cosa pignorada tiene un precio de mercado y se realiza por persona autorizada a tal fin (art. 2797 *Codice Civile*). Se permite además que las partes convengan otras formas diversas de venta<sup>345</sup>.

En el sistema de garantías reales del Fuero Nuevo la adecuada valoración de la garantía y la obligación del acreedor de devolver el eventual exceso entre el importe de la obligación garantizada y el valor del objeto garantizado, puede considerarse presente en todas las garantías reales, tanto en aquellas que transmiten la propiedad del bien desde un principio como en las que exigen al acreedor la observancia del procedimiento previsto para la adquisición de la propiedad.

En apoyo de esta afirmación hay que tener en cuenta que en la fiducia en garantía, para que el acreedor fiduciario se apropie definitivamente del bien y se produzca la extinción de la obligación garantizada con independencia de que el valor de dicho bien sea superior al de la obligación garantizada, es necesario el pacto expreso (ley 466 FN), por lo que no es un efecto connatural a la fiducia en garantía. En ausencia de pacto, se deberá devolver el exceso al deudor<sup>346</sup>. El conflicto con la prohibición del pacto comisorio no reside en la apropiación irrevocable de la propiedad sino en que de acuerdo con la ley 466 del Fuero Nuevo, cuando se haya convenido así “*quedará extinguida la obligación garantizada*”, independientemente del valor del bien ofrecido en garantía.

En el supuesto de una prenda en la que se hubiera pactado la venta extrajudicial, se aplicarían los principios expuestos de valoración del bien y

---

<sup>345</sup> La ley 469 del Fuero Nuevo guarda un enorme parecido con este artículo 2797 del *Codice Civile*. En efecto, este artículo exige la intimación al deudor antes de proceder a la subasta del objeto pignorado. Si dentro de los cinco días siguientes a la intimación (nueve en el Fuero Nuevo) el deudor no ha pagado, se puede proceder a la realización de la prenda. Se admite asimismo que las partes pacten otras formas de venta, al igual que estableció, posteriormente, la norma navarra.

<sup>346</sup> Al respecto, véase epígrafe 3.5.1.

obligación del acreedor de restituir el exceso. En caso contrario, como han puesto de relieve algunos autores, se burlaría fácilmente la *ratio* de la prohibición del pacto comisorio.

El equilibrio entre el valor de la obligación garantizada y el valor del objeto sobre el que recae la garantía se puede quebrar en algunos casos concretos, porque lo permite expresamente el legislador navarro. Así sucede en la transmisión fiduciaria en garantía (ley 466.II FN) y en la venta a carta de gracia (ley 477 FN) para la que además se excluye la posibilidad de ejercitar la rescisión por lesión en el precio (ley 478 FN). A nuestro juicio la posibilidad de que el acreedor no tenga que devolver el eventual exceso de valor del bien sobre la obligación garantizada desvirtúa la finalidad de garantía y traslada esa concreta situación a un ámbito indemnizatorio o penalizador para el deudor<sup>347</sup>. En cualquier caso, debe plantearse inmediatamente después cómo se protege al deudor que presta una garantía fiduciaria a la que se añade un pacto comisorio en el Derecho navarro. A este respecto se ha señalado la protección ofrecida por la legislación represiva de la usura, de aplicación general en todo el territorio español<sup>348</sup>, junto con la normativa de protección de los consumidores y usuarios<sup>349</sup>.

---

<sup>347</sup> Incluso aproxima la fiducia en garantía al negocio simulado pues la “garantía” estaría encubriendo la concesión de un préstamo con un interés abusivo. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 29 de octubre de 1999 extendió la aplicación de la ley 478 del Fuero Nuevo, prevista para la compraventa a carta de gracia, a la fiducia *cum creditore*, teniendo en cuenta que la compraventa a carta de gracia con finalidad de garantía constituye una modalidad de fiducia en garantía. Ello impidió que la deudora fiduciante pudiera rescindir la transmisión en garantía de un inmueble al acreedor fiduciario, en garantía de una deuda cuyo montante era casi la mitad del valor del inmueble. La sentencia rechaza que existiera un negocio simulado y aplica las disposiciones relativas a la fiducia en garantía en el Fuero Nuevo de forma rigurosa. Excluida la acción de rescisión por lesión, de acuerdo con el Tribunal, a la fiduciante le queda la protección otorgada por la Ley de Represión de la Usura. Ello implicaría la nulidad del préstamo, que arrastraría la de la garantía accesoria. A nuestro juicio, la afirmación de que no existe un negocio simulado, en el caso concreto, se pone en duda por esta afirmación posterior.

<sup>348</sup> Si bien se ha señalado que este expediente tiene un efecto más limitado que la prohibición del pacto comisorio, y exige enjuiciar y corregir el abuso sufrido por el deudor caso por caso. DURÁN RIVACOBA, R. *La propiedad en garantía...* cit., pág. 271. No consideramos esto como un inconveniente, en el sentido de que otros mecanismos, como la existencia de vicios del consentimiento, la acción rescisoria por fraude de acreedores, etc. también deben hacerse valer judicialmente.

<sup>349</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra”, cit., págs. 32-33.

En conclusión, en el sistema navarro de garantías reales, en lugar de extender la prohibición del pacto comisorio de la prenda (ley 469 FN) al resto de garantías, debe considerarse común a todas ellas la existencia de un principio de valoración adecuada del bien y de proporcionalidad entre el valor del bien objeto de la garantía y el valor de la obligación garantizada. Solo en algunos casos concretos el legislador excepciona estos principios, permitiendo a las partes convenir que el acreedor se apropie de un bien de valor superior a la cuantía de la deuda garantizada, sin obligación de restituir el exceso.

Una vez delimitado el concepto de garantía real que emplea el Fuero Nuevo y sus notas comunes, y de haber conceptuado el depósito en garantía como una garantía real, procede confrontar este con otras garantías reales también reguladas en la Compilación y con las que presenta afinidad.

### **3.3.- La prenda ordinaria en el Fuero Nuevo**

#### **3.3.1.- La prenda ordinaria y la prenda sobre cosas fungibles**

La prenda ordinaria y el depósito en garantía tienen en común que, en el ámbito del Fuero Nuevo, constituyen figuras de garantía real que comparten la misma causa de garantía, entendida como función económico-social de reforzamiento de la posición del acreedor frente a otros acreedores no garantizados. Además, se admite generalmente que la prenda pueda recaer sobre bienes fungibles, especialmente sobre dinero. Por último, el depósito en garantía está ubicado en el mismo Capítulo en el que se regula la prenda (leyes 468 a 470 y 472 FN)<sup>350</sup>.

Por ello, cabe plantear si el depósito en garantía constituye una modalidad de prenda, cuyo objeto son bienes fungibles. Lo cierto es que se ha defendido, tanto en nuestro país como en el extranjero, que la garantía que

---

<sup>350</sup> La presencia de otras figuras entre la prenda y el depósito en garantía (anticresis, ley 471 FN, retención convencional, ley 473 FN) no ayuda a identificar este como una modalidad de prenda, aunque tampoco lo descarta. La fiducia en garantía está prevista en la ley 466, y sin embargo la doctrina y la jurisprudencia entienden que la venta a carta de gracia con finalidad de garantía (ley 475 FN), situada en diferente Capítulo, constituye un tipo de negocio fiduciario.

consiste en la entrega de bienes fungibles al acreedor, comúnmente conocida como prenda irregular, es una modalidad del derecho real de prenda<sup>351</sup>.

La prenda ordinaria en el Derecho Civil navarro (ley 468 FN) coincide en lo sustancial con la prenda del Código Civil. Las diferencias más destacables se hallan en cuanto a las formalidades exigibles para que la prenda sea oponible a terceros, y en cuanto a la forma de realización de la prenda<sup>352</sup>.

En cuanto a lo primero, ni el Código Civil ni el Fuero Nuevo exigen una forma *ad solemnitatem* cuando la prenda se constituya por contrato, por lo que será válida aunque la misma conste en documento privado o incluso se celebre de forma verbal. Sin embargo, como requisito de oponibilidad frente a terceros, el artículo 1865 del Código Civil exige que la fecha de constitución conste en documento público<sup>353</sup>. El Fuero Nuevo no contiene una norma paralela, por lo que en principio no se exige instrumento público para que pueda oponerse la prenda frente a terceros<sup>354</sup>. El único requisito de publicidad frente a terceros es la posesión por parte del acreedor.

En cuanto a la realización de la prenda, coinciden ambos ordenamientos en establecer que la venta del objeto pignorado se realizará mediante subasta pública notarial<sup>355</sup> (art. 1872 CC y ley 469 FN), aunque la

---

<sup>351</sup> Ya fue apuntada esta idea en el Capítulo I, 2.1.1, y se tratará con más detenimiento en el epígrafe siguiente.

<sup>352</sup> También con la salvedad de que el Fuero Nuevo admite la prenda sobre bienes inmuebles (ley 468 FN), se dice que por coherencia con el Derecho romano, si bien “*no atiende a ninguna necesidad económicamente sentida y serán pocos -quizás ninguno- los casos de prendas de inmuebles constituidas en Navarra*”, según OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474” cit., pág. 1579.

<sup>353</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. *Curso de Derecho Civil. I*, cit., pág. 229. GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1873”, cit., págs. 512-513.

<sup>354</sup> OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1577. En la práctica, no obstante, según ha puesto de relieve Ozcáriz, será aconsejable plasmar en documento público el negocio por el que se crea la prenda, dando publicidad a la fecha, para poder ejercer plenamente la preferencia del artículo 1922.2 del Código Civil frente a otros posibles acreedores pignoratícios posteriores (art. 1926.1.1ª).

<sup>355</sup> Si bien con algunos matices procedimentales. La ley 469 del Fuero Nuevo se refiere a notario, agente de cambio y bolsa o corredor de comercio, si bien legislativamente se ha superado la alusión a estas dos últimas figuras (la Disposición Adicional 2ª de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores asimiló los agentes de cambio y bolsa a los corredores de comercio, mientras que la Disposición Adicional 24ª de la Ley 55/1999 de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social estableció la integración en un solo Cuerpo de notarios y corredores de comercio colegiados).

Compilación navarra exige para proceder a la subasta notarial el previo requerimiento fehaciente de pago al deudor tras el incumplimiento de la obligación (ley 469 FN) y, por otro lado, permite también que las partes acuerden “*otra forma de venta, siempre que la naturaleza del objeto lo permita*”, previsión que despierta recelo en la doctrina por entender que supone una vía para burlar la prohibición del pacto comisorio. Lo cierto es que permitir otras formas de venta del objeto pignorado no es una solución privativa del Fuero Nuevo, sino que se prevé también en otros ordenamientos, y su objetivo es lograr la óptima realización de la prenda<sup>356</sup>.

Dejando de lado estas salvedades, la prenda ordinaria es, tanto en el ordenamiento navarro como en el común, una garantía real y, dentro de estas, un derecho real de garantía, que se caracteriza por las notas propias de estos, a saber: accesoriedad, indivisibilidad, prohibición del pacto comisorio, derecho a la realización del valor de la cosa gravada (art. 1858 CC, ley 469 FN), derecho de persecución de la cosa y derecho de preferencia sobre los demás acreedores del deudor, en cuanto al valor obtenido en la venta del bien pignorado (art. 1922.1.2º CC, de aplicación directa en Navarra)<sup>357</sup>. Tanto el

---

El art. 1872 del Código Civil excepciona de la subasta ante notario los casos en que lo pignorado sean valores cotizables en cuyo caso se remite a lo establecido en el Código de Comercio (arts. 322-324 CCom) o se trate de Montes de Piedad y demás establecimientos públicos, en el que se aplicarán sus normas especiales, exige para la subasta pública citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso, y establece que podrá celebrarse una segunda subasta en las mismas condiciones si en la primera no se consigue la venta. En caso de no fructificar tampoco la segunda subasta, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda, estando obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito.

<sup>356</sup> Ya se ha indicado que el artículo 2797 del *Codice Civile* permite “*otras formas de venta*” además de la subasta ante notario. El artículo 675 del Código Civil portugués permite la venta extrajudicial del objeto pignorado si las partes así lo han acordado.

La venta de la cosa en un establecimiento especializado puede obtener un resultado notablemente mejor que el obtenido en una subasta notarial que tiene una capacidad casi nula de atraer potenciales interesados. Lógicamente para no defraudar al deudor, la valoración del objeto deberá ser imparcial y ajustada a las circunstancias del mercado, y de superar el importe de la deuda garantizada el acreedor deberá restituir el exceso al deudor. Con estas precisiones resulta un régimen más flexible y ajustado a los tiempos actuales que el del Código Civil.

<sup>357</sup> Véase respecto a las notas propias de los derechos reales de garantía: GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, pág. 451 y sig.; ALBALADEJO, M. *Derecho civil III. Derecho de bienes*. 11ª edición, Madrid, Edisofer S.L., 2010, págs. 693-694; LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros. *Elementos de Derecho Civil III*. 2, cit., pág. 216; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales*, cit., pág. 51; LEONSEGUI GUILLOT, R. A. “El derecho a la realización del valor como nota esencial de la prenda”, cit., págs. 1029 y sig.



Fuero Nuevo como el Código Civil exigen la entrega de la posesión por el constituyente al acreedor garantizado o a un tercero (art. 1863 CC y ley 468 FN), como requisito de perfección del contrato, por lo que el mismo tiene carácter real<sup>358</sup>.

La doctrina española es unánime al considerar que pueden ser objeto de prenda las cosas fungibles (al igual que las corporales o incorporales, consumibles o no) y especialmente el dinero, en cuanto cosas muebles que se encuentran en el comercio y son susceptibles de posesión (art. 1864 CC)<sup>359</sup>, conclusión plenamente trasladable al ordenamiento navarro (ley 468 FN). Pero en función de cómo se produzca la entrega del dinero o cosa fungible por el pignorante al acreedor caben dos situaciones distintas:

- a) Si el dinero o los bienes fungibles son entregados individualizados o especificados de alguna manera (por ejemplo, en un sobre cerrado) se constituirá una prenda ordinaria. En este caso el deudor conservará la propiedad sobre los objetos entregados y el acreedor pignoraticio solamente ostentará la posesión, igual que si se tratara de cualquier otro bien mueble. Algunos autores denominan a esta prenda ordinaria que tiene por objeto dinero “prenda pecuniaria”<sup>360</sup>, siendo su régimen jurídico el de la prenda ordinaria, aunque con dos salvedades. La primera es que no tiene sentido en este caso la ejecución mediante los procedimientos legales previstos para la prenda, sino que el acreedor imputará o compensará directamente la suma entregada en garantía con el importe de la obligación garantizada<sup>361</sup>. La segunda es que no se aplica la prohibición del pacto comisorio pues al estar constituida la garantía por dinero no existe riesgo de abuso para el deudor al valorar el objeto pignorado<sup>362</sup>.

---

<sup>358</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., págs. 486-487, y 490-491.

<sup>359</sup> Por todos, GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., pág. 506 y sig.

<sup>360</sup> Así, PÉREZ Y ALGUER en los Comentarios a WOLFF, M. “Derecho de Cosas”, Tomo III, 2º, 3ª, cit., pág. 496. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español, común y foral. Tomo 2º Derecho de cosas, Volumen 2º Los derechos reales restringidos*. 12ª edición, Madrid, Reus S.A., 1978, pág. 489.

<sup>361</sup> ALBALADEJO, M. *Derecho civil III*, cit., pág. 725.

<sup>362</sup> Aunque puntualiza Álvarez-Caperochipi que sí resultan de aplicación los principios de la justa valoración de las cosas que fundamentan aquella prohibición y que en esta sede obligan al acreedor a restituir el eventual exceso entre la obligación garantizada y el dinero entregado en garantía y a efectuar la valoración en el momento del vencimiento. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ,



- b) Si el dinero o los bienes fungibles se entregan al acreedor sin individualizar, la entrega producirá la adquisición de la propiedad por este y el nacimiento de la correlativa obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad. En este supuesto está presente la figura que en el Derecho común se conoce como prenda irregular.

Para saber si se ha constituido una u otra modalidad no existe ninguna presunción legal por lo que en principio algunos autores consideran que será necesario interpretar la voluntad de las partes<sup>363</sup>. No obstante, LACRUZ entiende que debe admitirse una especie de presunción *iuris tantum* a favor de la existencia de una prenda irregular, dada la función económica del dinero y los usos del tráfico<sup>364</sup>. En este mismo sentido, JORDANO defiende que cuando se entregan al acreedor cosas fungibles sin emplear cualquiera de los sencillos procedimientos que permitirían su especificación se ha “*tácitamente, renunciado a la conservación de un derecho absoluto sobre la especie entregada*” y puesto que la individualización no es lo corriente en el tráfico, la entrega de cosas fungibles al acreedor y especialmente la entrega de dinero normalmente constituye una prenda irregular y no una prenda regular<sup>365</sup>.

La prenda irregular, de acuerdo con GUILARTE, “*se explica comúnmente señalando que, entregada la cosa fungible, el pignorante pierde su propiedad, que resulta adquirida por el acreedor, de suerte que la cosa se confunde en el patrimonio de este, que queda obligado frente a su deudor a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, cumplida la obligación*”

---

J.A. *Curso de Derecho Civil*, cit., pág. 235. Así lo dispone exactamente el artículo 1851 del Código Civil italiano para la prenda irregular.

<sup>363</sup> Así, GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., págs. 506-507. PÉREZ y ALGUER, en los Comentarios a WOLFF, M. “Derecho de Cosas”, Tomo III, 2º, cit., pág. 496.

<sup>364</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros. *Elementos de Derecho Civil III*, 2º, cit., pág. 218.

Para el Derecho italiano, Gorla entiende legítimo que para la caución en dinero se presuma que esta ha sido entregado como *genus*, GORLA, G., ZANELLI, P. “Del pegno. Delle ipoteche”, cit., págs. 36-37. También Dalmartello. DALMARTELLO, A. “Pegno irregolare”, cit., págs. 801-802.

<sup>365</sup> JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito”, *ADC*, vol. 43, nº 1, 1990, pág. 316. Albaladejo acude a la voluntad de las partes para determinar si es prenda regular o irregular, aunque admite que generalmente suele tratarse de la segunda. ALBALADEJO, M. *Derecho civil III*, cit., pág. 724. En el mismo sentido, PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos De Derecho Civil T. 3 V. 3*, cit., págs. 25-26. Se retomará esta cuestión, para el Fuero Nuevo, en el punto 3.7.1.

garantizada”<sup>366</sup>. Se trata de una figura a la que la doctrina española no ha prestado excesiva atención<sup>367</sup> y que ha sido generalmente rechazada por la jurisprudencia, habiéndose inclinado ambas por entender, mayoritariamente, que cuando se entrega dinero en garantía de una obligación en el ámbito bancario en realidad se está constituyendo una prenda, no sobre el dinero, sino sobre el crédito a la restitución que ostenta el deudor desde que se materializa la entrega del dinero al acreedor<sup>368</sup>.

Aun así, los caracteres que se atribuyen a la prenda irregular son: su causa de garantía; su carácter accesorio respecto a la obligación principal que garantiza; su objeto, constituido por bienes fungibles, y su efecto traslativo de la propiedad.

En efecto, la prenda irregular obedece a una causa de garantía, pues consigue el reforzamiento de la posición del acreedor, al igual que la prenda ordinaria<sup>369</sup>. De la finalidad de garantía se deriva la diferencia más importante

---

<sup>366</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., pág. 506.

<sup>367</sup> Tras el temprano estudio de VIÑAS MEY, J. “La prenda irregular”, *RDP*, 1925, págs. 342-350, no se retomó la figura hasta los años ochenta del siglo pasado, cuando aparecen referencias a la prenda irregular con ocasión de comentarios doctrinales a sentencias del Tribunal Supremo sobre la pignoración de imposiciones a plazo como los de: MANZANARES SECADES, A. “Algunas notas sobre la prenda de dinero a raíz de la sentencia del tribunal supremo de 27 de diciembre de 1985”, *ADC*, vol. 39, nº 4, 1986, págs. 1293-1309; SÁNCHEZ GUILARTE, J. “Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta”, en el vol. colectivo coordinado por ALONSO UREBA, A., BONARDELL LENZANO, R., GARCÍA VILLAVERDE, R., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1990, págs. 647-674.

Fue más extenso y exhaustivo, ya en los años noventa, el trabajo sobre la prenda irregular de Jordano, y por supuesto la monografía de Cruz. Respectivamente: JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., págs. 305-327; CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular... cit.*,

Con posterioridad la figura ha recibido nuevamente una atención incidental, con breves referencias en los principales manuales de Derecho Civil, y comentarios al hilo del estudio de la prenda de créditos y de la calificación como tal de la pignoración de depósitos bancarios.

<sup>368</sup> Se tratará en el epígrafe 3.4.1. No obstante, existen pronunciamientos judiciales respecto a la prenda irregular, fuera del ámbito bancario, en los que no se recalifica esta como prenda de créditos (epígrafe 4.7.3).

<sup>369</sup> Sobre la causa de garantía de la prenda irregular, véase JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., pág. 309. GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., pág. 508. ALBALADEJO, M. *Derecho civil III*, cit., pág. 725. FINEZ RATÓN, J.M.

entre la prenda irregular y el mutuo y el depósito irregular (también negocios irregulares): mientras que en los dos últimos la restitución del *tantundem* habrá de producirse necesariamente, en la prenda irregular solo hay que restituir eventualmente si el deudor cumple<sup>370</sup>. En el mutuo la obligación de restitución se sujeta a término, de modo que el mutuuario tiene una utilidad de goce durante dicho período de tiempo y debe restituir llegado dicho término. En el depósito irregular el depositante puede solicitar la restitución de las cosas en cualquier momento, pues el contrato se celebra en su exclusivo interés. En la prenda irregular, sin embargo, la obligación restitutoria está supeditada a la satisfacción del crédito principal, por lo que existe incertidumbre para el acreedor pignoraticio sobre si tendrá que restituir o no, y el momento de esa eventual restitución se determinará según el tiempo de vencimiento de la obligación principal<sup>371</sup>.

Ligado a la función económico-social de garantía de la prenda irregular está su necesario carácter accesorio respecto a la obligación principal que garantiza<sup>372</sup>. Esta accesoriedad determina que la prenda irregular carezca de plazos propios, estando sujeta a los mismos plazos de cumplimiento de la obligación principal<sup>373</sup>. Igualmente, la suerte del negocio principal, (por ejemplo, su nulidad) determinará el destino de la prenda irregular, surgiendo la obligación de restituir cuando desaparezca el negocio principal.

---

*Garantías sobre cuentas y depósitos* bancarios: la prenda de créditos, Barcelona, J.M. Bosch, 1994, págs. 49-50. CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág. 131-133.

Incluso se ha llegado a afirmar que realiza la función de garantía más intensamente que la prenda, por RUBINO, D. “El pego”, cit., pág. 217.

<sup>370</sup> JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., pág. 312.

<sup>371</sup> CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 131-133.

<sup>372</sup> *Ibidem*, pág. 172.

<sup>373</sup> En ese sentido, JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., pág. 317. CUEVILLAS MATOZZI, I. “La pignoración de saldos de depósitos bancarios (nueva modalidad del derecho real de prenda)”, *RGD*, nº 597, 1994, págs. 6486-6487. TAPIA HERMIDA, A. J. “Pignoración de saldos de depósitos bancarios”, en el vol. colectivo coordinado por UBALDO NIETO, C. y otros, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, pág. 875. Estos autores señalan este criterio como distintivo entre la prenda irregular y la prenda de créditos.

Además de recaer sobre bienes fungibles<sup>374</sup>, algunos autores sostienen que aquellos deben poseer la cualidad de tener una fácil y segura valoración económica<sup>375</sup>. Lo cierto es que en la práctica casi siempre se constituye la prenda irregular sobre dinero.

Por último, la doctrina de forma unánime señala la transmisión de la propiedad como efecto característico de la prenda irregular<sup>376</sup>. Como describe JORDANO, “*el acreedor se convierte en propietario del dinero o cosas fungibles que se le entregan, desde ese mismo momento de la recepción, pero, al mismo tiempo, asume la obligación (eventual) de restituir el tantundem eiusdem generis de lo recibido, para el caso de que el deudor satisfaga, a su vencimiento, el crédito garantizado*”<sup>377</sup>.

De la conjunción de las notas expuestas surge un contrato traslativo de la propiedad, según el cual para garantizar una obligación entre acreedor y deudor se entrega a aquel una cierta cantidad de bienes fungibles. El acreedor adquiere la propiedad de los bienes entregados y surge frente al constituyente de la garantía (que puede ser el deudor o un tercero) una deuda de restitución de una cantidad igual de cosas equivalentes, obligación de restitución que tiene carácter eventual: el acreedor deberá devolver el *tantundem* al deudor en caso de que este cumpla la obligación principal; en caso contrario, se

---

<sup>374</sup> En el Código Civil, los bienes fungibles se distinguen por ser absolutamente idénticos, de forma que es indiferente tener un determinado ejemplar u otro, siendo la sustituibilidad su nota definitoria. CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág. 110. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A. *Sistema de Derecho Civil Vol. I*, cit., pág. 394.

El Fuero Nuevo designa como bienes fungibles a aquellos determinados por la cantidad de género a la que pertenecen (ley 352 FN). No procede entrar aquí en la cuestión de si existe diferencia entre el concepto de bienes fungibles que emplean el Código Civil y el Fuero Nuevo. En la práctica, además, como se ha señalado, prácticamente la totalidad de depósitos en garantía se constituyen sobre dinero.

<sup>375</sup> Así, JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., pág. 310.

<sup>376</sup> En ese sentido, VIÑAS MEY, J. “La prenda irregular”, cit., pág. 342. ALBALADEJO, M. *Derecho civil III*, cit., pág. 723. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales*, cit., pág. 66. GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos. 1857 a 1886”, cit., pág. 507. MANZANARES SECADES, A. “Algunas notas sobre la prenda de dinero...” cit., págs. 1300-1301. RUBINO, D. “El pegno”, cit., pág. 218. MAZEAUD, H. et L., MAZEAUD, J., CHABAS, F. *Leçons de Droit civil, Tome III, 1*, cit., pág. 172. Hubo algún autor italiano, concretamente De Martini, que en su artículo “Sulla natura giuridica del deposito cauzionale”, *Giur. it.*, 1947, negó este efecto, pero fue inmediatamente criticado y esta opinión ha sido abandonada. Recoge la posición del autor y las críticas efectuadas, ANELLI, F. *L'Alienazione in funzione di garanzia*, cit., pág. 237, nota 3.

<sup>377</sup> JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., pág. 308.

compensará el valor del dinero o bienes entregados en garantía con el importe de la obligación principal, y el acreedor no tendrá que entregar nada al constituyente de la garantía, salvo el eventual exceso entre el objeto de la garantía y el crédito principal.

Si se compara la estructura y el funcionamiento de la prenda irregular con la del depósito en garantía, el resultado es la coincidencia entre ambas figuras. Efectivamente, el depósito en garantía en manos del acreedor se celebra con finalidad de garantía de una obligación principal (ley 474.I FN), por lo que ostenta una causa de garantía además de tener carácter accesorio (ley 463 FN y ley 474.I FN). La norma navarra especifica que el depósito en garantía recae sobre bienes fungibles, destacando entre estos el dinero, como supuesto más frecuente y económicamente más importante en la práctica. La ley 474.I de la Compilación alude expresamente a la adquisición de la propiedad sobre estos bienes fungibles por parte del acreedor, que únicamente tendrá que restituir una cantidad igual a la de las cosas recibidas en caso de que el deudor satisfaga la obligación garantizada. La obligación de restitución, por tanto, está supeditada doblemente a la obligación principal: por un lado, está sujeta al plazo de vencimiento de la obligación principal, de forma que no será exigible al acreedor la devolución en tanto se encuentre pendiente la obligación garantizada; por otro lado, dicha obligación de restitución será meramente eventual y dependerá del cumplimiento de la obligación principal<sup>378</sup>.

A tenor de lo expuesto, puede afirmarse que el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) supone la admisión en el Derecho Civil navarro de la figura que se conoce en el Derecho común como prenda irregular, y en este sentido se han pronunciado OZCÁRIZ, SABATER, PARDINAS, FÍNEZ, PEÑA y MORAIS ANTUNES<sup>379</sup>.

---

<sup>378</sup> La ley 474 se refiere a los sujetos intervinientes en el contrato como depositante, acreedor y tercero. Aquí a los términos depositante/depositario, se les añadirá “en garantía”, para no inducir a error con el contrato de depósito ordinario, sobre todo en el Capítulo III.

<sup>379</sup> Respectivamente: OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., págs. 1595-1596. La figura del segundo párrafo la califica de secuestro convencional irregular. SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., pág. 408. PARDINAS SANZ, J.R. “Comentario a la ley 546-554”, en la obra colectiva dirigida por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*, Tomo XXXVIII, Vol. 2. Madrid, Revista de Derecho Privado, Ed. de Derecho Reunidas, 2002, págs. 136-137. PEÑA BERNALDO DE

Sin embargo, la naturaleza jurídica de la prenda irregular (sea cual sea la denominación que la designe), como ya se apuntó en el Capítulo I, es controvertida, incluso en aquellos ordenamientos que la regulan y, además, se han de tener en cuenta las características propias de cada uno de estos ordenamientos. Procede determinar, así, en primer lugar, si el depósito en garantía en manos del acreedor constituye para el Derecho privado navarro una modalidad de prenda ordinaria.

### 3.3.2.- El depósito en garantía como modalidad de prenda ordinaria

En nuestro país la calificación de la prenda irregular (con la que se ha identificado el depósito en garantía en manos del acreedor) como modalidad de prenda fue defendida inicialmente por VIÑAS<sup>380</sup>. Según este autor, la relación jurídica creada por las partes en la prenda irregular es la del derecho de prenda, pues su intención es la de proteger un crédito con la entrega de una cosa mueble. La naturaleza del objeto marca una anomalía, pero esta no altera la esencia de la relación de garantía. El negocio puede calificarse como una prenda corporal, si bien alterada en dos momentos<sup>381</sup>:

- a) En el momento de hacerla efectiva en caso de incumplimiento, en el que el *ius distrahendi* se sustituye por un modo especial de realización que consiste en la imputación de la cantidad recibida al crédito garantizado. Sobre este mecanismo, defiende el autor que es el mismo que en la prenda ordinaria. La única diferencia es que la enajenación del bien pignorado es innecesaria.
- b) En el momento de recuperar la cosa el constituyente, pues este no tiene su propiedad sino un derecho de crédito a la restitución del *tantundem*.

---

QUIRÓS, M. *Derechos reales.*, cit., pág. 67 nota nº 26. MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., pág. 62-63.

<sup>380</sup> VIÑAS MEY, J. “La prenda irregular” cit., pág. 342 y sig. También Castán, en el Apéndice a DE SIMONE, M. *Los negocios irregulares*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, págs. 158-159, sostiene que se puede considerar la prenda irregular como un verdadero derecho de prenda, “*caracterizado por algunas especialidades que, sin destruir su esencia de tal, determinan su irregularidad frente a la prenda ordinaria*”. No obstante, en su posterior obra *Derecho Civil español 2, 2º*, cit., págs. 489-490, no reitera esta afirmación y se limita a calificar la prenda irregular de “prenda impropia”.

<sup>381</sup> VIÑAS MEY, J. “La prenda irregular” cit., pág. 342 y 345-348.

Carecería de los medios de defensa del propietario, y su crédito a la restitución no es un crédito privilegiado.

En Italia la posición que afirma que la prenda irregular puede ser encuadrada en el ámbito de la prenda, como un subtipo de la misma, es minoritaria<sup>382</sup>. REALMONTE, al igual que hiciera VIÑAS, sostiene que el mecanismo de adquisición definitiva del dinero en la fase satisfactiva puede explicarse plenamente a la luz del principio general que regula la prenda ordinaria. Ello evita identificar el mecanismo satisfactivo propio de la prenda irregular como compensación, y hace innecesario justificar la causa de la atribución de la propiedad en una causa *solvendi* o *credendi*. La causa que justifica la transferencia de la propiedad es la garantía<sup>383</sup>.

La consecuencia es que a la prenda irregular deben aplicársele directamente las normas de la prenda ordinaria en los aspectos inherentes a la función de garantía, y las normas del mutuo en el resto de aspectos (transferencia de la propiedad de las cosas fungibles y obligación de restituir el *tantundem*)<sup>384</sup>.

A la misma conclusión llega DE SIMONE por aplicación de la categoría de los negocios irregulares<sup>385</sup>. La característica que define este tipo de negocios es que recaen sobre bienes fungibles, produciéndose la transferencia de la propiedad con su entrega y el nacimiento de un derecho de crédito a la restitución a cargo del *accipiens*<sup>386</sup>. Los negocios irregulares atienden a la misma función práctico-social que sus correlativos regulares y por ello deben ser considerados como subtipos de estos<sup>387</sup>.

En cuanto a los negocios irregulares, en nuestro país, CRUZ destaca como elemento común a todos ellos que se trata de negocios restitutorios y

---

<sup>382</sup> REALMONTE, F. “Il pegno”, cit., pág. 646. GALGANO, F. *Diritto Civile e Commerciale*, cit., pág. 508.

<sup>383</sup> REALMONTE, F. “Il pegno”, cit., pág. 649.

<sup>384</sup> *Ibidem*, pág. 646.

<sup>385</sup> DE SIMONE, M. *Los negocios irregulares*, cit., págs. 84-86. Identifica como negocios irregulares además de la prenda irregular, el mutuo y el depósito irregular.

<sup>386</sup> De acuerdo con la construcción que efectuó DE SIMONE, M. *Los negocios irregulares*, cit., pág. 43 y sig. Sobre las teorías posteriores que se han sostenido acerca de los negocios irregulares, y sobre su caracterización, véase CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 88-124.

<sup>387</sup> DE SIMONE, M. *Los negocios irregulares*, cit., pág. 107 y sig.



traslativos de la propiedad<sup>388</sup>. Lo que los diferencia de los otros negocios traslativos de la propiedad (compraventa, donación, etc.) es que en estos la utilidad que las partes pretenden obtener de los bienes transmitidos es ilimitada en el tiempo, mientras que en los negocios irregulares la finalidad no es ilimitada en el tiempo, sino limitada, a semejanza de lo que ocurre en los negocios restitutorios regulares que no transmiten la propiedad sino la posesión (depósito, prenda, comodato...). Por eso en los negocios irregulares se transmite la propiedad de cierta cantidad de bienes fungibles a favor del *accipiens*, acompañada del nacimiento de un crédito restitutorio<sup>389</sup>.

En Portugal, RAMOS ALVES coincide en afirmar que prenda regular e irregular comparten la misma causa de garantía, y subraya que *“del mismo modo que en sede de ejecución de la prenda, el acreedor pignoraticio puede requerir que la cosa le sea adjudicada con efectos de pago, en la prenda irregular el acreedor pignoraticio puede hacer suyas, a título de satisfacción de créditos, las cosas empeñadas, debiendo reembolsar al constituyente el montante que eventualmente exceda del montante del crédito. O sea, la única diferencia entre ambas modalidades de prenda reside en el hecho de que en la prenda irregular no es necesario recurrir a la intermediación judicial para que el acreedor pueda ver su crédito satisfecho”*<sup>390</sup>.

En Francia también se sostuvo por la doctrina y la jurisprudencia que la prenda irregular constituía una modalidad de prenda, pero esta tesis fue abandonada ya antes de la reforma del Derecho de garantías, imponiéndose la opinión de que no existe derecho real limitado, ni la garantía recae sobre cosa ajena<sup>391</sup>. El nuevo artículo 2341 del *Code Civil* ha previsto una verdadera prenda pecuniaria en la que el acreedor debe mantener separadas de su patrimonio las cosas fungibles entregadas. Su única particularidad es que en el momento de su realización no necesita valoración por un experto

---

<sup>388</sup> CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 110 y sig.

<sup>389</sup> Sin embargo, posteriormente la autora defiende que en la prenda irregular el crédito a la restitución no nace desde el momento de la entrega, sino en el de vencimiento de la obligación garantizada y si se produce el cumplimiento del deudor principal. Con más detenimiento, epígrafe 3.7.2.

<sup>390</sup> RAMOS ALVES. *Do penhor*, cit., pág. 214. Ni el Código Civil ni el Fuero Nuevo prevén la posibilidad de que el Juez adjudique al acreedor la propiedad de la cosa pignorada. El artículo 675 del Código Civil portugués lo permite si se dan dos condiciones: que exista acuerdo en ese sentido, y que el valor de la cosa se fije por el tribunal.

<sup>391</sup> Ya aludido en el Capítulo I, epígrafe 2.1.1.



independiente. Si mediante acuerdo se dispensa al acreedor de esta obligación, tendrá que restituir la misma cantidad de cosas equivalentes, alejándose de la prenda y remitiéndose la doctrina a la transmisión de la propiedad en garantía.

La ventaja de considerar la prenda irregular como una variante de la prenda ordinaria es clara y radica en que elimina las dudas en cuanto a la causa de la transmisión de la propiedad y la calificación del mecanismo satisfactivo que permite al acreedor apropiarse definitivamente de los bienes entregados en caso de incumplimiento. Además, el régimen aplicable a la prenda irregular sería, de forma natural, el de la prenda regular<sup>392</sup>.

La doctrina sin embargo no ha compartido estas opiniones sino que se estima mayoritariamente que la prenda irregular no constituye un derecho real de garantía, ni un subtipo de prenda<sup>393</sup>. Se razona que el derecho real de garantía, en cuanto derecho real limitado, se caracteriza por recaer en cosa ajena. Al adquirir el acreedor garantizado la propiedad del dinero o las cosas fungibles entregadas ya no existe ajenidad y por tanto se destruye la estructura del derecho real de garantía.

Como expresó ALBALADEJO, en la prenda irregular hay prenda en sentido económico, *“pero en sentido jurídico no hay prenda (derecho real en cosa ajena) sino una situación que en la práctica satisface también a veces, los fines de aquella, pues tratándose de asegurar el cumplimiento de una deuda, el aseguramiento se consigue, asimismo, si el acreedor recibe algo*

---

<sup>392</sup> Excepto en lo que se refiere al privilegio del acreedor pignoraticio. Señala Ramos Alves al respecto que *“la noción de preferencia en la satisfacción del crédito es extraña a la prenda irregular, por cuanto la propiedad del bien objeto de garantía es transferida directamente al acreedor pignoraticio con exclusión de los restantes acreedores del constituyente”*, RAMOS ALVES. *Do penhor*, cit., pág. 203.

<sup>393</sup> Además de los que se citan en la nota siguiente: LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros. *Elementos de Derecho Civil III*. 2º, cit., págs. 217-218. JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., págs. 308-309. CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág. 147. RUBINO, D. “El pegno”, cit., pág. 217. MESSINEO, F. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, cit., pág. 111. En Francia, por todos CROCQ, P. *Propriété et garantie*, cit., págs. 258-259. En Portugal es la postura de la doctrina mayoritaria. PESTANA DE VASCONCELOS. “Notas sobre o penhor irregular”, cit., pág. 367.

*que hace suyo y que no se verá obligado a devolver en la cuantía en que el deudor incumpla la obligación asegurada”<sup>394</sup>.*

La clave para determinar si el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN), que se ha identificado con la prenda irregular, constituye una modalidad de prenda, se encuentra en la distinción entre derecho real de garantía y garantía real.

Como observaba la doctrina en el ámbito del Derecho común, el depósito en garantía no reúne las características de los derechos reales de garantía. A diferencia de la prenda ordinaria, el depósito en garantía transmite la propiedad y no la posesión de las cosas entregadas, por lo que no existe derecho real en cosa ajena.

En cuanto a la realización de la garantía, frente al *ius distrahendi* del acreedor pignoraticio, el acreedor favorecido con un depósito en garantía no necesita celebrar una subasta, judicial o extrajudicial, para proceder a la realización del objeto de la garantía, ni tampoco debe efectuar un previo requerimiento fehaciente de pago al deudor (ley 469 FN). Producido el incumplimiento por el deudor, el acreedor compensará el valor del dinero o los bienes entregados en garantía con el importe del crédito garantizado por sí mismo y sin intervención de nadie más.

Por otro lado, el acreedor-depositario en garantía no goza de un derecho de preferencia para cobrarse sobre el valor del bien. Sin embargo, en cuanto propietario de los bienes, goza de un derecho exclusivo sobre los mismos. La seguridad que consigue el acreedor mediante el depósito en garantía es mayor que la que confiere la prenda ordinaria, pues los bienes objeto de la garantía, propiedad del acreedor desde la constitución de la garantía, no pueden ser atacados por otros eventuales acreedores del deudor<sup>395</sup>.

---

<sup>394</sup> ALBALADEJO, M. *Derecho civil III*, cit., pág. 723. Coinciden SÁNCHEZ GUILARTE, J. “Pignoración de saldos de depósitos bancarios...” cit., pág. 508. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. *Curso de Derecho Civil*, cit., pág. 235. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho civil. Tomo III. Derechos reales e hipotecario*. 5ª edición, Madrid, Dijusa, 2007, pág. 319.

<sup>395</sup> El único bien embargable que existe en el patrimonio del deudor constituyente de un depósito en garantía es el crédito eventual a la restitución del *tantundem* frente al depositario en garantía. En cambio, en una prenda ordinaria podrían anteponerse al acreedor pignoraticio algunos otros acreedores por ciertos créditos salariales (art. 32 del Estatuto de los Trabajadores), tributarios (arts. 78-79 de la Ley General Tributaria) e incluso de Seguridad Social (art. 22 Ley General de Seguridad Social).

El depósito en garantía en manos del acreedor no reúne las características propias de un derecho real de garantía, y por tanto no puede considerarse una modalidad de prenda en el Derecho navarro<sup>396</sup>. Ahora bien, sí reúne las características propias de una garantía real: causa de garantía y afección de un bien al cumplimiento de una obligación, con carácter *erga omnes*.

No puede compartirse la opinión de algunos autores en el Derecho común que, ante la imposibilidad de calificar la prenda irregular como un derecho real de garantía, entienden que se trata de una figura atípica, admisible al amparo de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), pero a la que se reconoce únicamente efectos obligacionales<sup>397</sup>. Consecuentemente con esta afirmación, para estos autores el acreedor que dispone de una prenda irregular o depósito en garantía a su favor no goza de preferencia y cualquier acreedor del deudor, incluso uno carente de privilegio, podría embargar el dinero entregado al acreedor antes del vencimiento de la obligación principal<sup>398</sup>. Pero ello equivale a reconocer que el acreedor no obtiene ninguna seguridad en la satisfacción de su crédito, al encontrarse siempre expuesto a la posible agresión de otros acreedores del deudor.

Ciertamente el depósito en garantía no constituye una modalidad de prenda ordinaria, pero reconocerle efectos meramente obligacionales supone, en nuestra opinión, desconocer tanto el mecanismo propio del depósito en garantía, como la voluntad de las partes.

Para superar el obstáculo de que la prenda irregular no constituye un derecho real de garantía, la mayoría de los autores en el ámbito del Código Civil, y también el Tribunal Supremo, en los supuestos de pignoración de

---

<sup>396</sup> Tampoco constituye una modalidad de prenda en el Derecho común.

<sup>397</sup> Así, JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., pág. 309. GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., pág. 508. Peña por su parte admite la prenda irregular como contrato atípico (art. 1255 CC) y establece que el régimen aplicable es el de la prenda de créditos, con la particularidad de que la efectividad del crédito garantizado tendrá lugar, en su día, por vía de descuento o compensación contra el crédito pignorado. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, cit., págs. 67-68.

<sup>398</sup> Sin embargo, no es posible agredir un bien fungible una vez que ha sido entregado a otra persona (al acreedor en este caso), que con esta entrega ha adquirido su propiedad. Técnicamente ese otro acreedor del deudor solo podría embargar el crédito a la restitución del *tantundem* de este.

depósitos bancarios, han procedido a recalificar la prenda irregular como una prenda de créditos.

### 3.4.- La prenda de créditos

#### 3.4.1.- Recalificación de la garantía sobre dinero como prenda de créditos

En España se produjo una problemática muy concreta en los años ochenta del siglo pasado, en torno a la “pignoración” de saldos de depósitos bancarios, que, en última instancia, suponen la afección en garantía de una suma de dinero, instrumentalizada mediante un depósito bancario. Cabe plantearse la coincidencia de la ley 474 del Fuero Nuevo con este supuesto, pues, por un lado, aquella establece la constitución de un depósito de dinero para garantía de una obligación y, por otro lado, la doctrina en el ámbito del Derecho común, al igual que la jurisprudencia, al hilo de esta problemática en torno a la pignoración de depósitos bancarios, han recalificado la prenda irregular como una prenda de créditos.

La prenda de créditos no se contempla en el Código Civil e, inicialmente, el Tribunal Supremo rechazó que en la pignoración de depósitos a plazo fijo se hubiera constituido derecho real de garantía alguno y, consiguientemente, reconoció al negocio efectos meramente obligacionales, con la grave consecuencia de que cualquier acreedor podía agredir la imposición a plazo fijo aunque estuviera ya “pignorada” en favor de otro acreedor<sup>399</sup>.

---

<sup>399</sup> Así se pronunció en las SSTs de 27 de diciembre de 1985, 19 de septiembre de 1987, 18 de julio y 28 de noviembre de 1989.

En la primera de ellas, el Alto Tribunal descartó que las libretas que documentan las imposiciones a plazo pudieran conceptuarse como título valor y entregarse en garantía conforme a lo previsto en los artículos 320 a 324 del Código de Comercio. Al no concurrir un título valor, no existe prenda, ni resulta aplicable privilegio alguno, razonamiento que fue reiterado por la Sentencia de 18 de julio de 1989.

En los supuestos resueltos por las sentencias de 27 de diciembre de 1985 y 18 de julio de 1989 existe un acreedor que intenta (y consigue) embargar un depósito a plazo fijo a pesar de su pignoración por el deudor a favor de la propia entidad depositaria. Por su parte en las Sentencias de 19 de septiembre de 1987 y 28 de noviembre de 1989 el Tribunal Supremo admite que la entidad depositaria de los fondos pueda compensarlos y emplearlos para afrontar otras deudas,

Estas sentencias fueron comentadas inmediatamente por un buen número de autores, que reaccionaron en contra de los pronunciamientos del Tribunal Supremo<sup>400</sup>, en la consideración de que el resultado al que llegaban era injusto puesto que la función de garantía que pretendían las partes desaparece si se permite que cualquier acreedor diferente al garantizado cobre sobre el objeto dado en prenda<sup>401</sup>. Como gráficamente expuso JORDANO, refiriéndose a la Sentencia de 18 de julio de 1989, su lectura atenta revela una profunda insatisfacción pues “*a fin de cuentas, lo que el Tribunal Supremo viene a afirmar, por omisión de mayores explicaciones, es que no pudiendo existir, en este caso, derecho real de prenda, no existe nada que garantice el crédito de 22 millones de pesetas de que es titular la Caja de Ronda*”, es decir, lo estipulado por las partes como garantía de determinado crédito no tenía ninguna virtualidad garantística<sup>402</sup>.

Consideraban mayoritariamente que, al haber transmitido el depositante la propiedad del dinero al depositario en virtud del depósito bancario previo, realmente lo que se ofrece en garantía al acreedor no es el dinero, sobre el cual el deudor ya no ostenta derecho de propiedad alguno, sino el derecho a recibir la suma derivado del depósito, estando en presencia de una prenda sobre un crédito<sup>403</sup>.

---

ignorando la pignoración del depósito a favor de otros sujetos, en la primera de ellas, o la afección al pago de una deuda concreta, en la segunda.

<sup>400</sup> Además de los que se citan en las dos notas siguientes: DE EIZAGUIRRE, J.M. “Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoraticia. Una contribución a la dogmática de los títulos-valores”, *RDBB*, vol. 25, 1987, pág. 179 y sig. SÁNCHEZ GUILARTE, J. “Pignoración de saldos de depósitos bancarios...”, cit., pág. 664 y sig. BONARDELL LENZANO, R. “Contrato de afianzamiento general y de cobertura de riesgos: pignoración de saldos de depósitos bancarios: inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta”, en el vol. col. dirigido por ALONSO UREBA, A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ, J., *Derecho del mercado financiero*, Madrid, Editorial Civitas, 1994, págs. 305-341. GIL RODRÍGUEZ, J. “La prenda de derechos de crédito”, cit., pág. 356 y sig. TAPIA HERMIDA, A. J. “Pignoración de saldos de depósitos bancarios”, cit., pág. 901 y sig.

<sup>401</sup> Así, MANZANARES SECADES, A. “Algunas notas sobre la prenda de dinero...”, cit., pág. 1302. FÍNEZ RATÓN, J.M. *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios...*, cit., pág. 1302. CUEVILLAS MATOZZI, I. “La pignoración de saldos de depósitos bancarios...”, cit., pág. 6492.

<sup>402</sup> JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., pág. 307.

Curiosamente, al considerar la prenda irregular un contrato atípico con efectos meramente obligacionales se produce este mismo efecto y, sin embargo, no genera el rechazo de los autores.

<sup>403</sup> En este sentido, SÁNCHEZ GUILARTE, J. “Pignoración de saldos de depósitos bancarios...”, cit., págs. 652-653. DE EIZAGUIRRE, J.M. “Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoraticia...”, cit., pág. 200. TAPIA HERMIDA, A. J. “Pignoración de saldos de depósitos

El Tribunal Supremo finalmente varió su doctrina inicial, admitió la posibilidad de constituir prendas sobre créditos, con plena eficacia frente a terceros, y reinterpretó el supuesto considerando que lo entregado en garantía no era el dinero sino el crédito a la restitución que surge, en virtud del depósito bancario, en favor del depositante (SSTS de 19 de abril y 7 de octubre de 1997, y 13 de noviembre de 1999<sup>404</sup>).

Algunos años después de su admisión jurisprudencial, el legislador procedió a regular la prenda de créditos, fundamentalmente en la Ley Concursal<sup>405</sup>. A pesar de la admisión en el artículo 90.1.6 de la citada ley,

---

bancarios...”, cit., págs. 874-875. MANZANARES SECADES, A. “Prenda de dinero y prenda de créditos”, *ADC*, vol. 41, nº 4, 1988, págs. 1387-1402.

No obstante, algunos autores, que serán mencionados en el epígrafe siguiente, siguieron considerando admisible la prenda irregular.

<sup>404</sup> Como subraya Martín Osante, el ponente en todas ellas es el magistrado Gullón Ballesteros. Implícitamente el Tribunal Supremo ya había admitido la prenda de créditos en algunas sentencias anteriores, como las de 19 de septiembre de 1987, 28 de noviembre de 1989, 31 de mayo de 1993 y 14 de noviembre de 1995, aunque no le había reconocido eficacia frente a terceros. MARTÍN OSANTE, L. C. “Prenda de créditos...”, cit., pág. 527.

La primera de ellas sienta un razonamiento que seguirán las demás: *“En realidad, la pignoración en estricto sentido no es posible jurídicamente cuando el dinero no se ha entregado a la entidad bancaria depositaria por signos que los individualicen y distingan, sino como una suma que se confunde en el patrimonio de aquélla, quedando obligada a restituir el tantumdem por haber adquirido, en virtud de aquella forma de entrega, la propiedad de la misma. La pignoración lo es del crédito a la restitución, lo cual desemboca necesariamente en una compensación cuando su titular, que lo pignora, resulta deudor del que debe restituir o sea, del acreedor en cuyo favor se ha hecho la pignoración”*.

<sup>405</sup> Con anterioridad se había reconocido por la disposición adicional 3ª de la ley 46/1998 sobre introducción al euro, para garantías en operaciones con el Banco de España y otros Bancos Centrales europeos.

Fue la Ley 22/2003 Concursal, la que incluyó la prenda de créditos en su artículo 90.1.6 y reguló dos aspectos decisivos de su régimen jurídico: por un lado, se reconoció privilegio especial al acreedor pignoraticio, y por otro, se estableció que para su oponibilidad frente a terceros no era necesaria ni escritura pública ni la notificación al deudor cedido, en contra de lo que había sostenido hasta ese momento el Tribunal Supremo. La utilización de la norma concursal para el reconocimiento de la prenda de créditos fue objeto de crítica, por no ser el lugar pertinente para albergar la regulación material de la prenda de créditos. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. “La prenda de créditos: análisis del nuevo art. 90.1.6º de la Ley Concursal”, en el vol. col. coordinado por CAÑIZARES LASO, A. *Perspectivas actuales del Derecho de Garantías*. Cizur Menor, Thomson Reuters, 2013, pág. 141. Carrasco observa, además, que el apartado 90.2 LC subordina el privilegio concursal a que el derecho en cuestión *“esté constituido con los requisitos y formalidades previstos en la legislación específica”*, y en este caso dicha legislación específica es inexistente, lo cual supone un círculo vicioso de remisiones imperfectas. CARRASCO PERERA,

sigue sin ser sencillo determinar el régimen “ordinario” aplicable a la prenda de créditos pues hay que conciliar lo dispuesto por la propia Ley Concursal, los pronunciamientos del Tribunal Supremo, las diferentes posiciones doctrinales en cuanto a su naturaleza jurídica y los ámbitos propios de algunas normas especiales como las referidas a la prenda sin desplazamiento y a las garantías financieras<sup>406</sup>. Aunque en sus momentos iniciales la prenda de créditos estuvo muy vinculada al ámbito bancario, puede ser objeto de prenda cualquier crédito, independientemente de su origen<sup>407</sup>.

---

A., “La prenda de créditos”, en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J. *Tratado de los derechos de garantía*. Tomo II, 3ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pág. 233.

<sup>406</sup> El Real Decreto Ley 5/2005 (modificado por Ley 7/2011) vino a establecer un sistema propio para las garantías en el ámbito financiero, cuyo objeto también puede ser un crédito, y que puede articularse como pignoración o mediante la transmisión de su titularidad (artículo 7.1, tras la modificación de 2011), aunque los requisitos de formalización y la forma de ejecución del mismo son idénticos en ambos casos: es suficiente con que conste por escrito o forma jurídica equivalente (art. 8) y se ejecutarán mediante venta o apropiación y mediante compensación de su valor o aplicación del mismo al cumplimiento de las obligaciones financieras principales (art. 11).

Por otro lado, ciertas cesiones de créditos se rigen por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, de Entidades de Capital Riesgo (según redacción dada por la disposición final 3ª de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público).

Tras la modificación operada por la Ley 41/2007 en el artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento (LHMPSD) también los créditos, incluso los futuros, pueden ser pignorados por medio de prenda sin desplazamiento. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 18 de marzo de 2008 aclaró, ante la incertidumbre de los operadores tras la modificación legal, que la prenda sin desplazamiento es uno de los mecanismos para ceder créditos con fines de garantía, que no tiene carácter exclusivo ni excluyente, concurriendo con la prenda “ordinaria” de créditos. En el mismo sentido se pronunció la doctrina: CARRASCO PERERA, A. “Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito. a propósito de la reforma operada por la DF 3ª de la Ley 41/2007”. *La Ley. Revista Jurídica Española De Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, nº 1, 2008, pág. 3 y sig. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. “Prenda sin desplazamiento de créditos (A propósito de la Resolución DGRN de 18 de marzo de 2008)”, *Diario La Ley* nº 6939, sección doctrina, 6 mayo 2008, pág. 3 y sig. GARCÍA VICENTE, J.R. “La publicidad registral de la prenda de créditos: el nuevo párrafo tercero del artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento”. *CDC*, nº 49, 2008, págs. 86-87.

Bajo la forma de prenda sin desplazamiento, la prenda de créditos requiere de documento público y de inscripción en el Registro de Bienes Muebles.

El Anteproyecto de Código de Comercio no contempla la regulación de la prenda de créditos, y deja vigente el régimen propio y especial de las garantías financieras.

<sup>407</sup> En la casuística judicial son frecuentes, por ejemplo, las pignoraciones de los créditos frente a Hacienda por devoluciones de IVA, las de créditos derivados de ejecución de obras públicas o las de créditos por subvenciones.



Es de destacar que la doctrina española se encuentra dividida en cuanto a la naturaleza de la prenda de créditos, entre aquellos que la consideran como un verdadero derecho de prenda, y los que la consideran una cesión de créditos en garantía, lo que tiene consecuencias en cuanto a sus requisitos de constitución y oponibilidad frente a terceros.

Quienes consideran la prenda de créditos como una verdadera prenda defienden que la falta de regulación (en la actualidad subsanada por el reconocimiento de la Ley Concursal) no impide considerarla como prenda, ni es contrario al *numerus clausus* de derechos reales de garantía puesto que no se trata de una garantía atípica, sino de reconocer en la prenda de créditos una auténtica prenda, con especialidades en cuanto a su constitución y su ejecución<sup>408</sup>. El Tribunal Supremo, ya desde la admisión de la prenda de

---

<sup>408</sup> Los autores que admiten la prenda de créditos como un verdadero derecho de prenda aducen a su favor: 1) Una interpretación amplia del concepto de bienes muebles del artículo 1864 del Código Civil, en relación con los artículos 333, 335 y 336. 2) El requisito de la desposesión, imposible en un crédito, es sustituido por la notificación al deudor cedido, que evita actuaciones del deudor pignoraticio que puedan disminuir su valor, y advierte a los terceros de la existencia de un derecho sobre el mismo. 3) El artículo 1868 del Código Civil admite la prenda de derechos incorporados a títulos-valor, y cuando se pignora un título-valor en realidad se está pignorando el derecho de crédito que está incorporado a él. El artículo 1872 del Código Civil se refiere a la prenda de valores cotizables. 4) El Código Civil admite el usufructo de derechos y de créditos (arts. 486 y 507 CC). 5) En el Derecho extranjero se admite la prenda de créditos, lo que demuestra que los derechos son susceptibles de prenda. 6) Razones históricas, pues la prenda de derechos estaba admitida en las Partidas. Véase SÁNCHEZ GUILARTE, J. “Pignoración de saldos de depósitos bancarios...”, cit., págs. 653-654. CRUZ MORENO, M. “La prenda de créditos”, cit., págs. 1275-1278. GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., pág. 509. Se inclinan por considerar la prenda de créditos una verdadera prenda además de los citados, Cuevillas, Bonardell, Tapia, Fugardo, Pérez de Madrid Carreras.

Frente a quienes consideran que la prenda de créditos constituye una modalidad de prenda, Pantaleón sostiene que el Código Civil, conscientemente, no quiso equiparar la prenda de créditos a la prenda de cosas. Como consecuencias negativas de la equiparación de la prenda de créditos con la prenda ordinaria señala que conduce a exigir documento público para que la prenda tenga eficacia frente a terceros, y, lo que es peor, a exigir la notificación al deudor cedido, lo que a veces es muy costoso (por ejemplo cuando se pignora una masa de créditos), resulta molesto para los acreedores del pignorante e impide la pignoración de créditos futuros, motivos que supusieron que la práctica alemana abandonara la prenda de créditos por las cesiones fiduciarias de créditos con finalidad de garantía. PANTALEÓN PRIETO, F. “Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal”, en el vol. col. dirigido por NIETO CAROL, U., *Garantías reales mobiliarias*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998, págs. 179- 181.

Aranda opone en contra de la consideración de la prenda de créditos como modalidad de derecho real de prenda que se desvirtúa el significado de cosa mueble, y que es inaceptable en el Derecho español la teoría de los derechos sobre derechos, que en el fondo es lo que implica considerar la



créditos, también la ha considerado como una modalidad de prenda, a la que le son aplicables las normas de esta, con la especialidad de que el requisito de la desposesión que exige el artículo 1863 del Código Civil es sustituido por la notificación de la pignoración al deudor del crédito cedido, que cumple la misma función que el traspaso posesorio<sup>409</sup>, y de que, llegado el momento de su ejecución, no es necesario acudir a los procedimientos legalmente establecidos sino que, ya desde la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997, la apropiación del crédito por parte del acreedor pignoraticio constituye la forma de realización de la prenda, con obligación por parte de aquel de devolver el *superfluum*, no siendo contraria al pacto comisorio prohibido. Esto se traduce en que, cuando ambos créditos, el garantizado y el

---

prenda de créditos como un verdadero derecho de prenda. ARANDA RODRÍGUEZ, R. *La prenda de créditos*, Madrid, Marcial Pons, 1996, págs. 97-99 y 105-108.

<sup>409</sup> Resume perfectamente esta posición la STS de 3 de febrero de 2009: “...*prenda de derechos es el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho y al acreedor pignaticio (sic) se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. En el caso de prenda sobre derecho de crédito se producen los mismos efectos que la posesión, por la notificación al deudor y por la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto de aquella prenda. Es verdaderamente una prenda de derecho el crédito frente al Estado. El acreedor pignoraticio podrá ejercitar en su día y percibir directamente el crédito objeto de la prenda que, si es de dinero, cumplirá con él la obligación garantizada. Hasta este momento no hay transmisión del crédito: este se produce si se incumple la obligación garantizada*”.

En la misma línea: SSTs de 13 de noviembre de 2001, 26 de septiembre de 2002, 12 de diciembre de 2002, 10 de marzo de 2004, 30 de noviembre de 2006 que hace referencia a la admisión de la prenda de créditos por la Ley Concursal, al igual que la de 20 de junio de 2007.

En la doctrina española, exigen la notificación al deudor cedido, entre otros: SÁNCHEZ GUILARTE, J. “Pignoración de saldos de depósitos bancarios...”, cit., pág. 654. CRUZ MORENO, M. “La prenda de créditos”, cit., pág. 1275. DE EIZAGUIRRE, J.M. “Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoraticia...”, cit., págs. 201-202.

No obstante, Pérez de Madrid Carreras entiende que, al menos cuando lo pignorado es una imposición a plazo fijo, la notificación al deudor cedido no es indispensable. Será conveniente cuando la entidad depositaria sea diferente a la entidad acreedora pignoraticia, pero una característica básica de la imposición a plazo fijo es que el titular no puede disponer de los fondos hasta el vencimiento del plazo, de modo que la indisponibilidad no es efecto de la notificación, sino de la propia naturaleza de la imposición. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. “Notas críticas sobre la prenda de imposiciones a plazo fijo”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 50, 2004, pág. 182.

Los ordenamientos extranjeros que regulan expresamente la prenda de créditos exigen la notificación al deudor cedido o bien la aceptación de la prenda mediante la participación de este en la formalización de la prenda (Art. 2800 del *Codice Civile* italiano, art. 681.2 del Código Civil portugués, §1280 BGB). Como excepción, en Francia tras las reformas del Derecho de garantías es un requisito de oponibilidad frente al propio deudor (art. 2362 *Code Civil*).

pignorado, son dinerarios, el acreedor garantizado se apropia del crédito y lo compensa con el crédito principal.

Frente a este sector doctrinal y jurisprudencial que encuadra la prenda de créditos como verdadero derecho real de prenda, otros autores, entre ellos PANTALEÓN, sostienen que se trata de una cesión limitada de créditos y, en consecuencia, el régimen jurídico de la prenda de créditos ha de extraerse, por analogía, de las normas de la cesión de créditos y de la prenda<sup>410</sup>. La consecuencia más significativa es que la notificación de la cesión no es requisito de constitución ni tampoco de eficacia ni *inter partes* ni frente a terceros<sup>411</sup>.

---

<sup>410</sup> PANTALEÓN PRIETO, F. “Cesión de créditos” en el vol. colectivo coordinado por ALONSO UREBA, A., BONARDELL LENZANO, R., GARCÍA VILLAVERDE, R., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1990, pág. 194 y sig. Cuando se constituye una prenda de créditos se produce una cesión de un crédito en garantía, en la que no se transmite plenamente la titularidad del derecho cedido, sino que se produce un desgajamiento y transmisión al cesionario de determinadas facultades integrantes del crédito cedido. No cabe para Pantaleón una cesión plena del derecho porque carecería de causa y nuestro ordenamiento no admite los negocios con causa abstracta.

Secundan la tesis de la cesión limitada del crédito: ARANDA RODRÍGUEZ, R. *La prenda de créditos*, cit., pág. 121 y sig. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales*, cit., págs. 71-72, VEIGA COPO, A. B. *Tratado de la prenda*, Cizur Menor, Civitas, 2011, págs. 447-448. GARCÍA VICENTE, J.R. *La prenda de créditos*. Cizur Menor, Editorial Aranzadi S.A., 2006, págs. 49-50. FÍNEZ RATÓN, J.M. *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios...*, cit., pág. 155.

El Tribunal Supremo, a pesar de haber sostenido que la prenda de créditos constituye una modalidad de prenda, ha admitido en ciertas sentencias que la prenda de créditos, “*como admite cierta doctrina moderna*” puede configurarse como una cesión de créditos en garantía (STS de 12 de diciembre de 2002. Posteriormente lo han afirmado las SSTs de 11 de marzo de 2008, 2 de julio de 2008, 6 de noviembre de 2013).

<sup>411</sup> PANTALEÓN PRIETO, F. “Cesión de créditos”, cit., pág. 200. FÍNEZ RATÓN, J.M. *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios...* cit., pág. 155 y sig. La cesión de créditos es inmediatamente eficaz respecto al deudor cedido desde el mismo momento de la cesión. Cuestión distinta es que si el deudor cedido paga de buena fe al cedente, resulte liberado (art. 1527 CC). No existen obstáculos así a la pignoración de créditos futuros.

En cuanto a la oponibilidad frente a terceros, en la disyuntiva entre aplicar la exigencia de documento público (art. 1865 CC) o de documento privado (art. 1526.1 CC), Pantaleón opta por la suficiencia del documento privado para acreditar la fecha cierta de la prenda. PANTALEÓN PRIETO, F. “Cesión de créditos”, cit., pág. 200. En el mismo sentido, FÍNEZ RATÓN, J.M. *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios...*, cit., págs. 195-198.

No obstante, esta cuestión no es unánime entre los autores que entienden que la prenda de créditos es una cesión limitada del crédito. Aranda entiende aplicable el artículo 1865 del Código Civil y por tanto la necesidad de que la prenda conste en documento público para que sea oponible frente

En el ámbito del Fuero Nuevo, aprecia OZCÁRIZ que en principio el legislador navarro no contempla la posibilidad de una prenda sobre derechos y se inclina por reconocer la fiducia de derechos en garantía (ley 466 FN). A pesar de ello, la pignoración de créditos está muy arraigada en el ámbito económico-financiero, donde no suele recurrirse a la fiducia de créditos. En virtud del principio de libertad civil (ley 7 FN), la prenda de créditos debe considerarse admisible, como figura atípica, y no hay obstáculo en entender que puede convivir con la cesión fiduciaria de créditos en garantía<sup>412</sup>.

Los pronunciamientos de los Tribunales de la Comunidad Foral sobre la prenda de créditos no son muy numerosos y no se han basado en el Derecho propio sino en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en cuanto a la admisión y requisitos de la prenda de créditos<sup>413</sup>, por lo que la orientación

---

a terceros, basándose en que la cesión de créditos comparte con la prenda ordinaria la causa de garantía, y tiene una serie de efectos semejantes a los de esta: limita las facultades de disposición y administración del titular del bien afectado en garantía. Por ello prevalecería la norma del artículo 1865 sobre el artículo 1526.1 del Código Civil como norma particular. Además, la necesidad de documento público se conecta con el ejercicio del privilegio del artículo 1922 del Código Civil, y con el hecho de que si el crédito cedido vence antes que el crédito garantizado la prenda se convierte en prenda ordinaria y el documento público en este caso goza de fuerza ejecutiva. ARANDA RODRÍGUEZ, R. *La prenda de créditos*, cit., págs. 210-215. De acuerdo con ella, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales.*, cit., pág. 71.

<sup>412</sup> OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1579.

Actualmente, el abanico de posibilidades en el ordenamiento navarro se completa con la posibilidad de constituir una prenda sin desplazamiento sobre un crédito, sujeta a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (por remisión de la ley 464 FN), y, si se reúnen las condiciones necesarias para su aplicación, la posibilidad de constituir una garantía financiera sujeta a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 5/2005, o de sujetar la prenda de créditos al régimen de Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, de Entidades de Capital Riesgo.

<sup>413</sup> Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra de 30 de noviembre y 19 de diciembre de 2011 aceptan la doctrina jurisprudencial sobre la prenda de créditos y citan: “*La sentencia n° 1237/2006 de 30 de noviembre del TS refiere que: “La prenda sobre derechos, y en particular sobre derechos de crédito, está doctrinal y jurisprudencialmente admitida - Sentencias de esta Sala de 25 de junio de 2001, 26 de septiembre de 2002 y 10 de marzo de 2004, entre otras-, y hoy expresamente reconocida en el artículo 90.1-6° de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, caracterizándose porque el desplazamiento de la posesión se sustituye por la notificación de la constitución de la garantía al deudor para que se abstenga de pagar al acreedor titular del crédito pignorado;”* Aunque en el caso (enjuician dos pólizas con idéntico contenido aunque diferente acreedor) establecen que lo que se pactó fue una cesión *pro solvendo* del crédito es decir, una cesión fiduciaria. Algún otro pronunciamiento se refiere a la prenda de créditos de forma indirecta, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de octubre de 2004 que invoca la jurisprudencia del Tribunal Supremo que admite la prenda de créditos, aunque en el supuesto se

doctrinal y jurisprudencial predominante en el Derecho común, que considera la prenda de créditos una modalidad de prenda, es aplicable también en el ordenamiento navarro.

Como requisito de validez para la prenda de créditos se exige la notificación al deudor cedido, que reemplaza a la desposesión. A pesar de que la Ley Concursal no exige dicha notificación, el Tribunal Supremo ha mantenido firmemente esta postura y aunque pueda resultar criticable, si el acreedor pignoraticio quiere tener la certeza de que la prenda de créditos será reconocida dentro y fuera del concurso deberá efectuar la notificación al deudor cedido<sup>414</sup>. En la práctica, en el frecuente supuesto de pignoración de créditos derivados de depósitos bancarios, especialmente de imposiciones a plazo fijo, solo será necesario practicar la notificación cuando la entidad depositaria de la imposición reúna a su vez la condición de acreedor pignoraticio.

En cuanto a la forma, la doctrina mayoritaria, incluso algunos autores que entienden que la prenda de créditos constituye una cesión limitada en garantía, se ha decantado por la exigencia de escritura pública (art. 1865 CC)<sup>415</sup>, y ello a pesar de que en el ámbito concursal es suficiente con un documento de fecha fehaciente. La práctica apoya esta exigencia pues lo usual es que la prenda de créditos se formalice en escritura pública o póliza, otorgadas ante notario<sup>416</sup>. El Fuero Nuevo, a diferencia de lo que establece el artículo 1865 del Código Civil, no exige que la prenda conste en documento público, por lo que cabe sostener que en el ámbito extraconcursal es válida la prenda de créditos incluso aunque no conste por escrito, y en el ámbito

---

discutía la preferencia entre el privilegio otorgado por el art. 16.5 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles y el privilegio de la Hacienda Foral de acuerdo con el artículo 62 de la Ley Foral General Tributaria.

<sup>414</sup> A las críticas efectuadas por Pantaleón se unen las de Carrasco, para quien la notificación no es una forma de publicidad equivalente al traslado posesorio. Tampoco se ve qué función protectora ha de tener para el deudor cedido, pues si no conoce la prenda se libera si paga al pignorante por el juego de la buena fe (art. 1527 CC), con lo que la falta de notificación es inocua para el deudor cedido. La notificación es imposible cuando se ceden globalmente créditos presentes y/o futuros, por el coste y porque causaría confusión y turbación en el deudor final. CARRASCO PERERA, A., “*La prenda de créditos*”, cit., págs. 252-253.

<sup>415</sup> En este punto sí concuerda Carrasco con la doctrina mayoritaria. CARRASCO PERERA, A., “*La prenda de créditos*”, cit., págs. 255-256.

<sup>416</sup> En este punto el Derecho extranjero difiere del español pues se exige que la prenda de créditos conste simplemente por escrito (art. 2800 del *Codice Civile* italiano, art. 2356 *Code Civil* francés) o bien que se reúnan las mismas formalidades que para la plena transmisión del crédito en cuestión (§1274.1 BGB, art. 681.1 *Codigo Civil* portugués).

concurral basta con documento de fecha fehaciente. No obstante, en la práctica será conveniente cumplir con el requisito de la escritura pública, ante el riesgo de que los tribunales navarros entiendan de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la prenda de créditos, incluidas las exigencias de forma y, además, para asegurar al acreedor pignoraticio el ejercicio de su preferencia (art. 1922.1.2ª CC) frente a otros posibles acreedores del deudor. En la práctica, por lo menos bancaria, es generalizada la documentación de las pignoraciones mediante póliza otorgada ante notario<sup>417</sup>.

En cuanto a la realización de la prenda de créditos, el acreedor pignoraticio está legitimado para reclamar el crédito pignorado al deudor cedido<sup>418</sup>. El mecanismo de actuación de la garantía varía según el crédito pignorado venza antes o después que el garantizado, pudiéndose distinguir las situaciones siguientes, cuando el crédito pignorado es pecuniario o tiene por objeto bienes fungibles:

- Si el crédito pignorado vence antes que el garantizado, el acreedor pignoraticio procederá a su cobro, lo que provocará su extinción. Una vez cobrado el dinero, o recibidos los bienes, pasarán a confundirse con el patrimonio del acreedor pignoraticio, sin que por ello se extinga el crédito garantizado. La prenda de créditos se transforma, así, en prenda irregular.
- Si el crédito garantizado vence antes que el crédito pignorado, el acreedor pignoraticio no puede ir contra el crédito pignorado, así que, en defecto de pactos que establezcan el vencimiento anticipado del crédito pignorado, el acreedor garantizado solo tiene dos opciones: esperar a que venza el crédito garantizado o acudir a los procedimientos de ejecución del artículo 1872 del Código Civil<sup>419</sup>. Esta segunda opción puede resultar más costosa temporal y económicamente, pero hay que valorar la posible

---

<sup>417</sup> En los supuestos enjuiciados por las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra de 30 de noviembre y 19 de diciembre de 2011, que aplican la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la prenda de créditos, se habían formalizado los contratos mediante póliza, y por ello no se pronuncian sobre el específico requisito de su constancia documental.

<sup>418</sup> Expresamente lo reconoce la STS de 3 de febrero de 2009.

<sup>419</sup> PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. “Notas críticas sobre la prenda de imposiciones a plazo fijo...”, cit., pág. 186

solvencia del deudor cedido en el momento de vencimiento de la obligación principal.

Existe consenso en la doctrina y la jurisprudencia en que la apropiación del crédito pignorado por parte del acreedor pignoraticio mediante su cobro no es contraria al pacto comisorio<sup>420</sup>.

El acreedor garantizado con una prenda de créditos goza del privilegio del artículo 1922.2 del Código Civil, y el derecho de separación del acreedor pignoraticio en el concurso (art. 155.1 LC) dado el carácter su crédito como crédito con privilegio especial (art. 90.1.6º LC).

### **3.4.2.- El depósito en garantía en manos del acreedor como prenda de créditos**

En el Derecho común se ha entendido que existe una prenda de créditos también en aquellos supuestos en los que el acreedor garantizado es al mismo tiempo la entidad depositaria de los fondos<sup>421</sup>. Frente a la prenda de créditos en la que el acreedor es un sujeto distinto al depositario, en estos casos no es necesaria la notificación de la constitución de la prenda de créditos al depositario, por razones obvias, y además se simplifica enormemente la realización de la prenda pues en lugar de tener que reclamar el cumplimiento del crédito cedido al depositario, el acreedor realiza una simple compensación o imputación de las cantidades.

Así expuesto, el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) parece coincidir con esta prenda de créditos. Para diferenciar ambas situaciones es necesario un atento escrutinio, en el que, además de tener

---

<sup>420</sup> También entre aquellos autores que defienden la prenda de créditos como cesión limitada del crédito. PANTALEÓN PRIETO, F. “Cesión de créditos”, cit., pág. 206. GARCÍA VICENTE, J.R. *La prenda de créditos*, cit., pág. 141. ARANDA RODRÍGUEZ, R. *La prenda de créditos*, cit., págs. 133-135.

En la jurisprudencia lo afirmó categóricamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997 al establecer que no se trata de una apropiación sino de la forma de realización de la prenda, que no contradice la prohibición del pacto comisorio, y ha sido seguido sin fisuras por los pronunciamientos posteriores. Lo recuerda expresamente la Sentencia de 3 de febrero de 2009.

<sup>421</sup> En los ordenamientos extranjeros, como se recogió en el Capítulo I, la existencia de una prenda de créditos se plantea únicamente cuando hay una relación trilateral, que implica al deudor, al acreedor y a un tercero (el deudor del crédito pignorado), mientras que cuando el dinero se entrega al propio acreedor, se considera como una prenda irregular.

presente el régimen expuesto sobre la prenda de créditos, resultará útil tener en cuenta algunos criterios diferenciadores entre esta y la prenda irregular (depósito en garantía en la terminología navarra).

En el plano teórico, hay autores que admitieron que la pignoración de saldos de depósitos bancarios puede revestir tanto la forma de prenda irregular como la forma de prenda de créditos<sup>422</sup>, y ofrecen una serie de

---

<sup>422</sup> Así, MANZANARES SECADES, A. “Algunas notas sobre la prenda de dinero...”, cit., pág. 1302.

Aunque inmediatamente se aclara que la prenda irregular supone un contrato atípico que solo tiene en común con la prenda la función de garantía, como JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., págs. 308-309, con cita de otros.

Es la intención de las partes la que determina si en el caso concreto se convino una prenda irregular o una prenda de créditos. Así lo entienden CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág. 197, y GATTI, S. “Pegno irregolare e fallimento del debitore”, cit., pág. 8. No obstante, como acertadamente apunta Cuevillas, cuando el acreedor garantizado es al mismo tiempo la entidad depositaria, es difícil interpretar si la voluntad de las partes se dirige a crear una prenda irregular o una prenda de créditos. CUEVILLAS MATOZZI, I. “La pignoración de saldos de depósitos bancarios...”, cit., pág. 6486.

No obstante, ya se ha indicado que la doctrina mayoritariamente se ha decantado por entender que existe una prenda de créditos. Carrasco afirma, respecto a la posibilidad de afectar en garantía depósitos bancarios que “no existe diferencia entre prenda irregular y prenda de crédito. Aquella se reconduce a esta (...) El intento diferenciador que acometen Jordano y Cruz, “por lo demás muy meritorio, no conduce a resultados aceptables. Al menos, las garantías constituidas sobre depósitos bancarios deben reputarse como prendas de créditos”. CARRASCO PERERA, A. “La prenda de créditos”, cit., nota 5, págs. 225-226, con cita de numerosa doctrina. Aunque continúa diciendo que “de todas formas, la cuestión sobre la naturaleza de esta prenda tiene escasa importancia práctica, y los efectos que se pretenden conseguir con una figura pueden ser obtenidos igualmente con la otra. Es verdad que, si se concibe como prenda de créditos, habrá que pactar un vencimiento anticipado del crédito pignorado, cuando el garantizado vence antes que este, para que se pueda realizar el pago por compensación unilateral, mientras en la prenda irregular semejante pacto –se dice– no sería necesario (...); pero también será verdad que si se construye como prenda irregular habrá que pactar una especie de novación del contrato de depósito, que pasará a convertirse en contrato de prenda irregular, y no parece que en el ánimo de los contratantes se halle producir tal novación, sino afectar directamente en garantía el crédito del cliente. Por lo demás, si se construye como prenda irregular con pago anticipado resolutoriamente condicionado, quedaría para el acreedor el peligro de que este pago fuera impugnado por el art. 1292 CC (...). El asunto parece haber quedado definitivamente resuelto con la STS 19 de abril de 1997, que rechaza para este supuesto la figura de la prenda irregular”. Con posterioridad a esa sentencia, la Sentencia de 25 de junio de 2001 reiteró que “no es posible proceder a la pignoración del dinero cuya propiedad se entrega a los Bancos a través de operaciones de depósito irregular, pues las cantidades objeto de las mismas se confunden en el patrimonio de dichas entidades, las cuales quedan únicamente obligadas a restituir el



criterios distintivos que pueden extrapolarse al ámbito no bancario. La diferencia fundamental entre la prenda irregular y la prenda de un crédito se encuentra, para estos autores, en la dependencia o independencia del derecho a la restitución de los depósitos respecto a la obligación garantizada. Cuando se trata de prenda de créditos, el crédito garantizado y el cedido en garantía conservan su autonomía en cuanto a su vencimiento. En cambio, en la prenda irregular es el vencimiento e incumplimiento del crédito garantizado el que determina la inmediata y necesaria imputación del crédito por la restitución del *tantundem*<sup>423</sup>.

Este criterio, a pesar de su exactitud, no puede ser el único para determinar si un negocio determinado se constituyó como prenda irregular o como prenda de créditos, señalándose además como notas diferenciadoras la titularidad del crédito a la restitución y la posibilidad de constituir prendas sucesivas<sup>424</sup>. En la prenda de créditos, la titularidad del crédito objeto de la garantía corresponde al constituyente de la prenda, mientras que en la prenda irregular la titularidad del crédito restitutorio no le corresponde al constituyente de la garantía, sino que hasta el momento del vencimiento de la obligación garantizada el sujeto activo de la restitución no está determinado. Si llegado dicho vencimiento de la obligación principal el deudor cumple, a él le corresponderá la titularidad del crédito a la restitución. Por el contrario, en caso de incumplimiento, el titular será el acreedor, que procederá a compensar el crédito a la restitución con la obligación principal insatisfecha.

Por su parte, y relacionado con la característica anterior, en la prenda de créditos se puede constituir una segunda prenda por parte del constituyente, que sigue siendo acreedor del crédito cedido, posibilidad negada en la prenda irregular, en la que el constituyente ya no es propietario de lo entregado, ni tiene un crédito que afectar en garantía.

Partiendo de la coincidencia entre el depósito en garantía (ley 474.I FN) y la figura de la prenda irregular, y teniendo en cuenta los criterios

---

"*tantundem*"?. Los pronunciamientos posteriores apenas se han referido a la prenda irregular salvo para negar que el dinero pueda ser objeto de prenda (STS de 10 de marzo de 2004).

<sup>423</sup> JORDANO FRAGA, F. "Prenda regular, prenda irregular...", cit., pág. 317. CUEVILLAS MATOZZI, I. "La pignoración de saldos de depósitos bancarios...", cit., págs. 6486-6487. Señala Tapia, no obstante, que las pólizas bancarias establecen prórrogas de las imposiciones a plazo fijo o vencimientos anticipados de los créditos garantizados a su conveniencia. TAPIA HERMIDA, A. J. "Pignoración de saldos de depósitos bancarios...", cit., págs. 875-877.

<sup>424</sup> CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág. 202 y sig. GATTI, S. "Pegno irregolare e fallimento del debitore", cit., pág. 8. VITTORIA, D. "Pegno irregolare", cit., págs. 5-6.



diferenciadores entre esta y la prenda de créditos, procede confrontar el depósito en garantía y la prenda de créditos, con la ventaja de que en el Derecho navarro aquel cuenta con un expreso reconocimiento legal<sup>425</sup>.

Hay que tener presente, en primer lugar, el texto de la ley 474.I de la Compilación que establece que “*para garantía del cumplimiento de una obligación puede constituirse*” un depósito en manos del acreedor. El empleo del verbo constituir<sup>426</sup> implica que el depósito se crea en ese momento, y para esa finalidad de garantía. Continúa el texto de la ley estableciendo que “*el acreedor adquiere la propiedad de las cosas depositadas en su poder*”, luego el traspaso de la propiedad se produce precisamente por esa entrega, y no en virtud de otro contrato anterior. Ello sugiere que se trata de un único negocio, con finalidad de garantía, y no de dos negocios, uno dirigido a crear un crédito y otro diferente por el que se cede en garantía dicho crédito.

En la prenda de créditos la transmisión de la propiedad del dinero se produce por un contrato, frecuentemente un depósito irregular bancario, con su propia causa (disponer del dinero en las cuentas bancarias a la vista u obtener rendimiento en los depósitos a plazo fijo). Posteriormente el crédito a la restitución derivado del depósito irregular es utilizado como objeto de garantía. Sin embargo, de acuerdo con la ley 474.I del Fuero Nuevo, la transmisión de la propiedad al acreedor se produce como efecto del contrato de garantía, no en virtud de otro tipo de contrato con su causa propia.

Resulta clarificador el hecho de que, mientras en la prenda de créditos el titular del crédito pignorado es el deudor de la obligación principal, en el depósito en garantía el titular del crédito a la restitución no se conoce hasta el momento del vencimiento de la obligación garantizada. Hasta entonces, su titular es determinable alternativamente. La ley 474 de la Compilación lo expresa estableciendo que “*el acreedor adquiere la propiedad de las cosas... con obligación de restituirlas al depositante, si procediere...*”.

El depositante en garantía, por ello, no puede constituir una nueva prenda sobre el dinero, desde luego, pues ya no le pertenece, pero tampoco sobre el crédito que pudiera tener contra el acreedor-depositario en garantía, pues no puede ofrecer como garantía un crédito cuya titularidad no está

---

<sup>425</sup> En el Derecho común ya se indicó que ciertas disposiciones sectoriales sí reconocen la prenda irregular, con denominaciones diversas (véase notas 1 a 3), pero no existe un reconocimiento general en el Código Civil.

<sup>426</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española significa: formar, componer, ser (1ª acepción).

determinada todavía. En cambio, en una prenda de créditos el constituyente podría ceder nuevamente en garantía el mismo crédito, procediendo a notificar esta constitución al deudor cedido.

También es muy significativo que en la prenda de créditos el crédito pignorado y la obligación principal mantienen sus propios vencimientos (aunque es cierto que las partes pueden convenir el vencimiento simultáneo de ambos). En el depósito en garantía, sin embargo, el deber de restitución del acreedor queda vinculado al vencimiento de la obligación garantizada.

Relacionado con el momento de la entrega del dinero o bienes fungibles, en el depósito en garantía esta entrega es simultánea a la constitución de la garantía, mientras que en la prenda de créditos estos momentos pueden no coincidir, pudiendo cederse un crédito surgido de un depósito irregular anterior.

El depósito en garantía, a través de la transmisión de la propiedad sobre el dinero o los bienes fungibles al acreedor, otorga a este exclusividad sobre los mismos. Por su parte, aunque el acreedor pignoraticio goza de un derecho de preferencia para cobrarse sobre el crédito pignorado, lo cierto es que este derecho podría ceder frente a otros créditos (salariales, frente a la Hacienda pública, etc.).

Por último si el legislador navarro hubiera querido regular la prenda de créditos habría sido más lógico regularla autónomamente, a semejanza de otros Códigos como el italiano, el portugués o el alemán, o al menos hacer mención a los créditos como posible objeto de la prenda en la ley 468 del Fuero Nuevo.

La figura del depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN), por todo lo anterior, no puede reconducirse a la prenda de créditos.

Ahora bien, existe una proximidad innegable entre el depósito en garantía en manos del acreedor y cierta situación que la doctrina, en el ámbito del Derecho común, califica como prenda de créditos. En concreto, con aquellos supuestos en los que el deudor de una entidad bancaria entregue a la misma una cantidad de dinero en garantía, instrumentalizando esta entrega mediante un depósito bancario de creación simultánea a la constitución de la garantía, y cuyo vencimiento coincida con el de la obligación garantizada, sin que el depositante pueda disponer de los fondos depositados. Frente al régimen general de la prenda de créditos, al ser la propia entidad depositaria la acreedora, no se requiere notificación al deudor cedido, y la realización de

esta “prenda de créditos” se simplifica respecto al régimen de aquella, pues al vencimiento de la obligación principal el banco acreedor compensa su crédito con el dinero depositado. Es inevitable apreciar que esta prenda de créditos con régimen “especial” coincide con la prenda irregular. Los elementos diferenciadores entre la prenda irregular y la prenda de créditos, en efecto, se difuminan: la causa de la transmisión de la propiedad sobre el dinero, a pesar de constituirse un depósito bancario, no es la custodia, sino la garantía; los vencimientos del depósito bancario y de la obligación principal coinciden; su forma de realización no requiere de reclamación al deudor cedido, sino que se realiza mediante compensación o comprobación contable, y no requiere de notificación al deudor cedido.

Subsiste la característica propia de la prenda de créditos de que el titular del crédito a la restitución es el depositante, que podría constituir sucesivas prendas sobre el depósito bancario. Sin embargo, hay que tener en cuenta que dicho depósito se constituye precisamente para garantía, por lo que la cuantía del depósito se acomodará a la de la obligación principal (más los intereses, en su caso) o será inferior, de forma que el deudor no podrá constituir una prenda sucesiva sobre el mismo depósito y, por otro lado, el banco impedirá al deudor cualquier movimiento que perjudique su garantía, por lo que no es relevante que formalmente el deudor siga siendo el titular del crédito a la restitución, en lugar de ser este eventual. La operación concreta de constituir un depósito bancario simultáneamente a su pignoración, haciendo coincidir ambos vencimientos coincide con las características del depósito en garantía o prenda irregular, y no debe recalificarse como una prenda de créditos<sup>427</sup>. Las partes, de hecho, pretenden que el acreedor ostente exclusividad para poder compensar el dinero depositado en caso de incumplimiento de la obligación principal<sup>428</sup>.

---

<sup>427</sup> En Italia la constitución de una garantía sobre un depósito bancario cuando la entidad depositaria es la acreedora se califica como *pegno irregolare*, y no como prenda de créditos. En tal sentido: CECCHERINI, A, y GENGHINI, M. *I contratti bancari nel Codice Civile*, 2ª ed. Milano, Giuffré editore, 2003, pág. 212, con cita de sentencias. Con cita de otros autores y de jurisprudencia, MARANO, P. “Anticipazione bancaria”, en TETTI, R. y MARANO, P. *Il contratti bancari*, Milano, Giuffré, 1999, págs. 575 y sig.

<sup>428</sup> El problema de fondo es la dificultad para los bancos de recibir dinero de sus clientes sin instrumentalizarlo en forma de depósito bancario. Si esto fuera posible, el banco recibiría el dinero en garantía y esta constituiría, sin duda, una prenda irregular y no una prenda sobre el crédito. Existe, no obstante, una dificultad a la hora de contabilizar el dinero recibido por el Banco como un fondo propio pero sujeto a una obligación eventual de restitución. La norma 55 de la Circular

### 3.5.- La transmisión fiduciaria en garantía

Las garantías clásicas como la prenda o la hipoteca no suponen un desplazamiento actual de la propiedad sino que preparan la eventualidad de un desplazamiento futuro. En el sistema del Código Civil, al igual que en el ordenamiento italiano o portugués, genera problemas la transmisión de la propiedad de un bien en virtud de una garantía, pero ello no impide que el negocio, fundamentalmente la *fiducia cum creditore* y la prenda irregular, tenga una causa de garantía, entendida como su finalidad económico-social, ni han de confundirse ambas cuestiones. El Fuero Nuevo, en cambio, admite y regula figuras de garantía en las que se transmite el dominio, como son precisamente la fiducia en garantía (ley 466 FN), la venta a carta de gracia (ley 475 FN) y el depósito en garantía (ley 474 FN)<sup>429</sup>.

---

del Banco de España 4/2004 de 22 de diciembre de 2004, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros establece que la categoría “Fondos propios” incluye: *“los importes del patrimonio neto que corresponden a aportaciones realizadas por los accionistas o socios, o, en su caso, aportaciones a la dotación fundacional; resultados acumulados reconocidos a través de la cuenta de pérdidas y ganancias, y otros instrumentos de capital que tienen carácter de patrimonio neto permanente. También comprende los importes procedentes de gastos en la emisión o reducción de instrumentos de capital propio, enajenaciones de instrumentos de capital propio y de la reexpresión retroactiva de los estados financieros por errores y cambios de criterio contable”*. Ante la imposibilidad de considerar el depósito en garantía como fondo propio, y en lugar de considerarlo como un depósito irregular bancario, el dinero depositado en garantía podría incluirse como *“fianzas y consignaciones en efectivo recibidas cuyo importe se pueda invertir libremente”*, comprendido en la partida “depósitos” del pasivo financiero (Norma 54.1.a) de la Circular del Banco de España 4/2004).

Es correcta la conclusión de Carrasco de que tiene escasa trascendencia práctica la calificación como prenda de créditos o como prenda irregular, en lo referido a los requisitos de constitución de la garantía. La diferencia más destacable es que la prenda irregular no requiere de formalidad alguna, mientras la prenda de créditos exige para su constitución la constancia en documento público (art. 1865 CC), pero en la práctica la afección de depósitos bancarios en garantía se realiza siempre mediante póliza otorgada ante notario. Sin embargo, en nuestro criterio no debe ser menospreciado el hecho de que la preferencia del acreedor pignoraticio puede ceder a favor de ciertos créditos, mientras que el acreedor que dispone de un depósito en garantía goza de exclusividad.

<sup>429</sup> El legislador estatal también ha admitido la transmisión de la propiedad en garantía y ha eliminado la prohibición del pacto comisorio en la regulación de las garantías financieras, prevista en el Real Decreto-Ley 5/2005. Para Galicia supone prescindir de la regla contenida en los artículos 1261.3 y 1274 CC, y lo critica por ello, por más que obedezca a necesidades económicas. GALICIA AIZPURUA, G. *Causa y garantía fiduciaria*, cit., pág. 257.

A grandes rasgos, se aprecia la coincidencia entre el depósito en garantía y la transmisión fiduciaria en garantía, pues con el objetivo de garantizar una obligación ambos transmiten la propiedad del objeto al acreedor, quien adquiere un deber de restitución eventual y supeditado al cumplimiento de la obligación garantizada. En caso de incumplimiento de dicha obligación, el acreedor consolida su propiedad, y su adquisición se torna definitiva. Tendría sentido pues que el depósito en garantía constituyera una modalidad de transmisión fiduciaria en garantía, cuya peculiaridad fuese recaer sobre dinero o bienes fungibles, posibilidad que fue apuntada por OZCÁRIZ y DORAL<sup>430</sup>.

No es de extrañar pues que se haya considerado en otros ordenamientos, con carácter general, que la prenda irregular (con la que coincide el depósito en garantía en manos del acreedor) constituye una transmisión fiduciaria en garantía que recae sobre bienes fungibles<sup>431</sup>, aunque esta afirmación se ha producido en el seno de ordenamientos en los que el

---

<sup>430</sup> Así lo afirma Ozcáriz en su comentario a la ley 466 de la Compilación. Recordemos que para el autor el depósito en garantía supone el reconocimiento de la prenda irregular en el Derecho navarro. No obstante, en el comentario a la ley 474 del Fuero Nuevo diferencia el depósito en garantía de la *fiducia cum creditore*. OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., respectivamente, págs. 1566 y 1596.

Doral, por su parte, entiende que el depósito en garantía produce un efecto análogo al que producen los negocios fiduciarios. El depositario, durante la fase de seguridad de la garantía, ostenta la propiedad de la cosa, cuyo contenido pleno puede ejercitar no en su exclusivo interés particular sino al servicio de la garantía, por lo que no puede disponer de ella en perjuicio de la garantía a la que sirve. DORAL GARCÍA, J.A. “Comentarios a las leyes 463-474”, cit., págs. 933 y 936-937.

<sup>431</sup> En Francia: CROCQ, P. *Propriété et garantie*, cit., pág. 260. Tras la reforma del Derecho de garantías, LEGEAIS, D. “Le gage-espèces...”, cit., pág. 71, y BOUGEROL-PRUD’HOMME, L. *Exclusivité et garanties de paiement*, cit., pág. 238.

En Portugal: PESTANA DE VASCONCELOS. “Notas sobre o penhor irregular”, cit., pág. 368.

En Italia: ANELLI, F. *L’Alienazione in funzione di garanzia*, cit., págs. 255 y sig. RUBINO, D. “Il pegno”, cit., pág. 217. BIANCA, C. M. *Diritto civile*, cit., págs. 172-173. Luminoso afirma que la prenda irregular o caución en sentido estricto reviste las características de una *alienazione in garanzia*, en la cual la función de garantía, en lugar de ser asignada a un derecho típico y autónomo, viene a realizarse mediante satisfacción directa del acreedor garantizado, en caso de incumplimiento del garante, a través de una compensación previamente convenida con el deudor. LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo...” cit., págs. 433-434.

En nuestro país la teoría de que la prenda irregular constituya un negocio fiduciario no ha sido secundada en el ámbito del Derecho común.

negocio fiduciario es atípico y, se ha ido admitiendo y perfilando por la doctrina y la jurisprudencia<sup>432</sup>.

Sin embargo, la fiducia en garantía está expresamente admitida y tipificada en la ley 466 del Fuero Nuevo, lo que implica, primero, que para determinar si el depósito en garantía es una modalidad o subespecie de garantía fiduciaria es preciso compararlo con una figura típica, con contornos bien definidos, y, segundo, que si se estima que el depósito en garantía es una garantía fiduciaria que tiene la peculiaridad de recaer sobre bienes fungibles le resultarán de aplicación las normas que regulan esta figura en el Fuero Nuevo, en defecto de pacto entre las partes.

### 3.5.1.- Características de la fiducia en garantía en el Fuero Nuevo

El mecanismo operante en la fiducia en garantía está expresamente descrito por la ley 466 del Fuero Nuevo<sup>433</sup>, pues a través de ella “*se transmite*

---

<sup>432</sup> Así ha ocurrido en Italia y Portugal. En Italia, véase ANELLI, F. *L'Alienazione in funzione di garanzia*, ya citado. Sobre la fiducia en garantía en Portugal, MONTEIRO PIRES. *Alienação em garantia*. Coimbra, Almedina, 2010, y PAIS DE VASCONCELOS. *Contratos atípicos*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2009.

En Francia también con anterioridad a la reforma del Derecho de garantías. Pero con posterioridad a esta, ya se planteó que la admisión de la *fiducie-sûreté* en el *Code Civil* tras la reforma operada por la Ley 2007-2011 de 19 de febrero, ha suscitado la duda de si son admisibles fiducias en garantías atípicas, como puede ser la entrega de dinero al acreedor, y, en su caso, si le sería aplicable supletoriamente el régimen de la nueva *fiducie-sûreté* (ya aludido, Capítulo I, 2.1.1). No obstante, la fiducia en garantía modelada por el ordenamiento francés dista mucho de la que recoge el Fuero Nuevo.

En Alemania se admitió como figura consuetudinaria y hoy está plenamente consolidada. Véase, en cuanto a la fiducia *cum creditore* en el Derecho alemán: SERICK, R. *Garantías mobiliarias en derecho alemán*.

<sup>433</sup> La Recopilación Privada, en su nota a la ley 478, estableció la filiación de la figura en el Derecho romano, al indicar que: “*Esta institución romana sobrevive en el Derecho navarro por la libertad de pacto*”. *Recopilación Privada*, cit., pág. 255. Salinas confirma que se adoptó la fiducia romana, y Cámara incluso señala el modelo romano como fuente para solventar las dudas sobre su funcionamiento actual. SALINAS QUIJADA, F. *Derecho Civil de Navarra. Tomo III*, 2, cit., pág. 204 y sig. CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia de garantía en Navarra”, *RJN*, nº 14, 1992, pág. 164.

La doctrina mayoritaria considera, en efecto, que la forma más antigua de garantía real en el Derecho romano estuvo representada por la fiducia, en la que el deudor fiduciante entregaba al acreedor fiduciario la propiedad de una cosa, mediante *mancipatio* o *in iure cesio* y el acreedor fiduciario asumía el compromiso (*pactum conventum* o *pactum fiduciae*) de restituir la propiedad de la cosa al fiduciante mediante una nueva *mancipatio*, una vez que este cumpliera la obligación principal. En este sentido, GARCÍA GARRIDO, M. J. *Derecho Privado romano*, cit., págs. 283-284. D'ORS PÉREZ-PEIX, A. *Derecho Privado Romano*. 10ª ed. Pamplona, Ediciones

*al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terceros. Cumplida la obligación garantizada, el transmitente podrá exigir al fiduciario la retransmisión de la propiedad o del derecho cedido; el fiduciario, en su caso, deberá restituir y responder con arreglo a lo establecido para el acreedor pignoraticio en la ley 470<sup>o</sup>.*

Del propio texto de la ley se desprende que la finalidad económico-social de la fiducia en garantía es el aseguramiento de una obligación principal, de la que resulta accesoria (leyes 466 y 463 FN). Dentro del sistema de garantías de la Compilación, ha de calificarse como una garantía real, pues afecta un bien concreto a la satisfacción de una obligación principal, y resulta oponible frente a terceros, gracias a la transmisión al acreedor garantizado de la propiedad del bien objeto de garantía<sup>434</sup>.

---

Universidad de Navarra S.A., 2004, págs. 555-558. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Privado Romano*, Madrid, Iustel, 2008, págs. 283-284 y págs. 358-359.

Sin embargo, por un lado, no es pacífico que la fiducia en Roma tuviera las características que se le atribuyen, como ha sido señalado por De Castro y posteriormente por Fuenteseca, que de forma rotunda afirma que esta concepción de la fiducia romana, recibida en la civilística moderna a través de los pandectistas alemanes de finales del siglo XIX, no se corresponde con la fiducia de época clásica. Respectivamente: DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit., págs. 389-391. FUENTESECA DEGENEFTE, C. *El negocio fiduciario...*, cit., págs. 23-53.

Por otro lado, las notas de la Recopilación Privada, citan, además del Derecho romano, las sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona de 1 de abril de 1963 y de la Audiencia Territorial de Pamplona de 24 de junio de 1963 (transcritas por Salinas en SALINAS QUIJADA, F. *Derecho Civil de Navarra. Tomo III, 2*, cit., págs. 208-217). Gimeno, agudamente, pone de manifiesto que estas sentencias no hacen otra cosa que aplicar la teoría general de los negocios fiduciarios, y la propia sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 24 de junio de 1963 lo declara explícitamente. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. "Garantías reales en Navarra", cit., pág. 34. Esto avala su posición de que la fiducia navarra procede de la pandectística, recibida a través de la doctrina italiana de los años 1950, las teorías de De Castro y la jurisprudencia, no ya navarra, sino del Tribunal Supremo. Se concluye que antes de la promulgación del Fuero Nuevo el punto de partida respecto al negocio fiduciario era, en Navarra, el mismo que en el resto del Estado.

<sup>434</sup> La admisión de la garantía fiduciaria por el Fuero Nuevo aparta, en principio, la presencia de un negocio simulado. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 22 de enero de 1994, y en la misma línea la posterior de 23 de mayo de 1997, descartaron que pueda identificarse fiducia en garantía con negocio simulado como línea de principio.

Por tanto, quien pretenda que la fiducia en garantía no se corresponde con la realidad tendrá que probarlo, como resalta DORAL GARCÍA, J.A. "Comentarios a las leyes 463-474", cit., pág. 894. En el ámbito del Derecho común, que el negocio fiduciario es un negocio simulado fue la tesis sostenida por De Castro, Gullón, Díez-Picazo, Fuenteseca y otros autores citados por esta última, frente a los que sostienen que no existe simulación como Hernández Gil, Lacruz, etc. Véase



## II.- El depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN)

Los sujetos de la fiducia en garantía, de ordinario, son el acreedor y el deudor de la obligación principal garantizada. No obstante, el fiduciante también puede ser un tercero no deudor<sup>435</sup>, sin que ello implique simulación, pues la causa del negocio fiduciario es la misma prestación de garantía (STSJ Navarra de 22 de enero de 1994).

El objeto del negocio fiduciario puede ser una cosa, mueble o inmueble, o un derecho. La ley 466 del Fuero Nuevo se refiere a cosas específicas, pues el fiduciario debe restituir la misma cosa entregada, y responde por las mismas como un acreedor pignoraticio. Pero ya se ha destacado que OZCÁRIZ entiende que el Fuero Nuevo remite, cuando la fiducia recae sobre bienes fungibles o dinero, al ámbito de la ley 474 del Fuero

---

FUENTESECA DEGENEFFE, C. *El negocio fiduciario en la jurisprudencia...*, cit., págs. 195 y sig. La jurisprudencia, en cambio, niega mayoritariamente el carácter simulatorio de los negocios fiduciarios. Como muestra, los razonamientos de la STS de 17 de septiembre de 2002: “no obstante las dificultades que, en ocasiones, surgen para diferenciar los negocios fiduciarios de los simulados, cabe conceptuar a los primeros, como aquellos en que existe una divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado, de manera que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico puesto en juego; y a los segundos, como aquellos otros en que concurren una declaración de voluntad no real, emitida conscientemente y con acuerdo de las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio inexistente o distinto del verdaderamente realizado. Partiendo del concepto indicado, es dable establecer como diferencias esenciales entre ambas clases de negocio las siguientes:

- a) *El simulado es un negocio ficticio, no real, aunque en algún caso, puede ocultar uno verdadero: el fiduciario es un negocio serio, querido con todas sus consecuencias jurídicas, aun sirviendo a finalidad económica distinta de lo normal,*
- b) *El simulado es un negocio simple, mientras que el otro es complejo, al resultar de la combinación de dos negocios distintos, y,*
- c) *El simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo trascendencia alguna de derecho, y el fiduciario es válido”.*

Sin embargo, existen algunos pronunciamientos recientes en los que se ha apreciado la existencia de simulación en una venta en garantía que encubre un préstamo, como las SSTS de 20 de diciembre de 2007 y de 27 de enero de 2012.

<sup>435</sup> SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., pág. 406. OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1565.

La posibilidad de que el fiduciario sea un tercero distinto del acreedor, se tratará en el Capítulo III, 2.3.



Nuevo<sup>436</sup>. Enlaza así con la opinión de otros autores que sostienen que en realidad la prenda irregular constituye una transmisión fiduciaria en garantía.

Una de las grandes cuestiones en torno a la figura de la garantía fiduciaria es la de si transmite la propiedad plena al fiduciario o tan solo una propiedad formal o fiduciaria, problema en estrecha relación con la causa de la transmisión de la propiedad al fiduciario.

Algunos autores han sostenido que el Fuero Nuevo adopta la teoría del doble efecto en su ley 466<sup>437</sup>. Explica DORAL que la *fiducia cum creditore* es “*en la jurisprudencia un acto formal mixto, integrado por otros dos independientes, uno real, de transmisión de derechos, y otro obligacional, que constriñe a la devolución. En su conjunto se entiende como negocio jurídico causal*”<sup>438</sup>. También la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 24 de junio de 1963, en la que se basa la nota de la Recopilación Privada, se refiere formalmente a la teoría del doble efecto<sup>439</sup>.

---

<sup>436</sup> OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1566. Ceñido exclusivamente al depósito en manos del acreedor. El depósito en garantía en manos de tercero carecería de naturaleza fiduciaria.

<sup>437</sup> Fuenteseca afirma sobre esta ley que “*la primera interpretación que sugiere (...) es la de que parece admitirse el doble efecto*”, y que se transmite la propiedad plena. FUENTESECA DEGENEFFE, C. *El negocio fiduciario en la jurisprudencia...*, cit., pág. 191.

Según la tesis del doble efecto, iniciada en Alemania e introducida en España por Castán, que sigue las enseñanzas de Ferrara, en el negocio fiduciario se aprecia la unión de dos negocios, uno externo con eficacia real y otro interno con eficacia meramente obligacional. El fiduciante transmite al fiduciario la titularidad dominical de la cosa de modo definitivo e ilimitado, de modo que el fiduciario será desde entonces el dueño, con todas las facultades inherentes a dicha titularidad, tanto frente al fiduciante como frente a terceros. El fiduciante por su parte ostenta un derecho de crédito contra el fiduciario, el correspondiente a la obligación de este de utilizar la titularidad adquirida de forma que no contradiga la finalidad para la que se le ha confiado.

<sup>438</sup> DORAL GARCÍA, J.A. “Comentarios a las leyes 463-474”, cit., págs. 891, 893,894. No obstante, él mismo considera que la *causa fiduciae* no consiste en la enajenación de lo que se cede, sino en la garantía o fianzamiento del débito y, sobre todo, que el fiduciario adquiere una titularidad fiduciaria o propiedad formal con obligación de retransmitirla al fiduciante cuando la obligación se haya cumplido.

<sup>439</sup> En la jurisprudencia del Tribunal Supremo igualmente se adoptó la teoría del doble efecto a partir de la Sentencia de 10 de marzo de 1944, y hasta la de 20 de noviembre de 1965, si bien en muy pocos pronunciamientos se aplica de verdad hasta sus últimas consecuencias, es decir, produciendo el efecto de una transmisión total del derecho de propiedad. FUENTESECA DEGENEFFE, C. *El negocio fiduciario en la jurisprudencia...*, cit., págs. 177-179. Así lo pone de manifiesto incluso la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 3 de marzo de 1994.

La mayoría de los autores que se han pronunciado sobre la fiducia en el ordenamiento navarro, en cambio, afirman que no existe una verdadera transmisión de la propiedad al fiduciario sino una propiedad que puede calificarse de fiduciaria, formal, o provisional y limitada<sup>440</sup>. En palabras de RUBIO TORRANO, “*el fiduciario no adquiere la propiedad material, o, si se prefiere, adquiere una propiedad provisional y limitada de la cosa confiada;*

---

De Castro realizó una importante crítica de la tesis del doble efecto y formuló una teoría alternativa. Opuso que si el negocio fiduciario se traduce en dos negocios, cada uno requiere tener una causa propia y adecuada (arts. 1261, 1274 CC). En la venta en garantía, la compraventa carece de causa propia, porque no hay precio (art. 1445 CC), y no hay otra causa que sirva de justificación para la transmisión de la propiedad, pues la causa de garantía sería propia del pacto fiduciario, del que se predica la independencia total con la compraventa, por lo que la tesis del doble efecto, según De Castro, es insostenible en el Derecho español. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit., págs. 406-407.

<sup>440</sup> En ese sentido: RUBIO TORRANO, E. “La venta a carta de gracia en el Derecho navarro”, *RJN*, nº 2, julio-diciembre, 1986, pág. 29. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. “Consideraciones en torno al “*pacto de fiducia cum creditore*””, *RJN*, nº 12, 1991, págs. 49-50. OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., págs. 1567-1568.

Cámara aprecia que la llamada teoría del doble efecto fue la aceptada por la Audiencia Territorial en la sentencia que se cita en la Recopilación Privada, pero parece decantarse por la existencia de una titularidad formal del fiduciario, aunque no acaba de dejar clara su posición. CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia de garantía en Navarra”, cit., págs. 172-173.

Sabater afirma que existe una verdadera transmisión dominical desde el patrimonio del deudor al del acreedor, pero se trata de una propiedad que presenta ciertas particularidades: ha de conservar para, en su caso, restituir, y por ello tiene limitado su derecho de uso sobre la cosa; está obligado a devolver, y mientras dure este mandato, no está facultado para enajenar. SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., pág. 406.

Por último, Gimeno ha afirmado que la eficacia traslativa del negocio fiduciario es defendida por la mayoría de los autores, señalando a Doral, Cámara y Rodríguez Rosado. Sin embargo, ya se ha puesto de manifiesto que los dos primeros realmente acaban aludiendo a una propiedad fiduciaria y no plena. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra”, cit., pág. 34.

En cuanto al tipo de propiedad que ostenta el fiduciario, coinciden estos autores básicamente con De Castro, aunque este, en lugar de considerar que el fiduciario recibe una propiedad formal, que implicaría la creación de un tipo especial de derecho real, prefiere utilizar la expresión “titularidad fiduciaria” para referirse al derecho que ostenta el fiduciario sobre la cosa. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit., págs. 408-409 y págs. 423-424.

Lo cierto es que la distinción entre titularidad formal y material ha sido adoptada por algunas sentencias y explica por qué en otras, a pesar de citar formalmente la teoría del doble efecto, se limita la eficacia real del negocio fiduciario a la relación del fiduciario con terceros de buena fe, y en lo demás tratan al fiduciante como verdadero propietario o propietario material de la cosa confiada. Fuenteseca sitúa esta fase a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1965, hasta principios de los años noventa, aunque a su juicio predominan las sentencias poco claras y confusas. FUENTESECA DEGENEFFE, C. *El negocio fiduciario en la jurisprudencia...*, cit., págs. 178-179.

esta, de alguna manera, sigue siendo propia del fiduciante, aunque con la carga de haberla dejado en garantía al fiduciario, que queda en apariencia como su dueño (lo que se ha llamado “propiedad formal”). En apoyo de esta tesis se cita el hecho de que el fiduciario debe guardar la cosa y responder de sus posibles detrimentos como un acreedor pignoraticio, así como justificar la imputación en su caso de los frutos recibidos, lo cual no tiene sentido si se tratara de un auténtico dueño<sup>441</sup>. La causa de garantía modela la titularidad del fiduciario, que aunque aparentemente es el propietario, está obligado a custodiar y restituir la cosa al fiduciante.

La jurisprudencia navarra mayoritariamente participa de la tesis de la transmisión fiduciaria o formal, aunque en algunas sentencias se superponen afirmaciones, al igual que ocurre en algunas sentencias del Tribunal Supremo<sup>442</sup>.

---

<sup>441</sup> También PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. “Consideraciones...”, cit., págs. 49-50.

<sup>442</sup> La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 3 de marzo de 1994, en un alarde de síntesis de las tesis defendidas sobre la naturaleza del negocio fiduciario (similares afirmaciones se contienen en la STSJ de Navarra de 23 de mayo de 1997) afirma:

*“La doctrina y la jurisprudencia patrias, no sin alguna excepción o matización inicial, de lo que son muestra una obra doctrinal publicada en 1928 y la Resolución de la Dirección General de los Registros de 14 junio 1922, aceptaron en orden a la determinación de la naturaleza y efectos del negocio fiduciario, la tesis del doble efecto, procedente de la doctrina alemana -negocio de naturaleza compleja, producto de dos contratos independientes, real el uno con transmisión plena del dominio, eficaz frente a todos, obligacional el otro, válido entre las partes, por el que el adquirente había de actuar sujeto a lo convenido de forma que no impidiera el rescate de los bienes por el transmitente-, si bien es de advertir que el Tribunal Supremo, que aplicó en muy pocos casos, como en la Sentencia de 18 febrero 1965, esa doctrina con los enérgicos efectos que de ella lógicamente derivan, ha evolucionado en un sentido que viene a descartar aquella concepción de la fiducia que, en sistema, como el de nuestro ordenamiento jurídico, resulta de difícil adecuación dada la relevancia de la causa en los contratos, de forma que se ha llegado, no sin críticas de orden conceptual, a entender que el fiduciario ostenta sobre los bienes una titularidad formal, o una titularidad que se califica de fiduciaria o de dominio impropio, como si se produjera una especie de división del dominio en una parte formal y otra material, conservando el fiduciante la titularidad real y material de los bienes, quedando aquella formal del fiduciario en estricta dependencia de los pactos que la originan, y con el alcance de ellos derivado.*

*De esta evolución, en cuanto a la doctrina jurisprudencial respecta, son muestra, de entre las dictadas en los últimos años, las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 diciembre 1973, 2 junio 1982, 6 abril y 9 octubre 1987, 12 y 25 febrero y 8 marzo 1988, 19 mayo y 5 julio 1989, 7 marzo 1990, 30 enero y 7 mayo 1991, 30 abril y 6 julio 1992 y 5 abril y 5 julio 1993, que vienen a sentar, en esencia, la conclusión ya indicada, en el negocio fiduciario se transmite una titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe y por título oneroso, sentencias mencionadas de 12 febrero 1988 y 5 julio 1989, entre otras, con una limitada eficacia real que*

En cuanto a la causa de la transmisión de la propiedad al fiduciario, tal y como defendiera DE CASTRO, la compraventa no puede justificar dicha transmisión pues es inválida por falta de causa, debiendo situarse la misma en el pacto fiduciario<sup>443</sup>. En esta misma línea se han pronunciado, en el ámbito de la fiducia *cum creditore* en el Fuero Nuevo, RUBIO TORRANO y otros autores<sup>444</sup>.

Los Tribunales navarros han aceptado comúnmente que la causa del negocio fiduciario es la garantía. La citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 26 de octubre de 1999, con remisión a múltiples sentencias del Tribunal Supremo, afirmó que *“la «causa fiduciae» no consiste propiamente en la enajenación de lo que se cede, sino más bien en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde”*. De forma tajante se admitió también por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 22 de enero de 1994, que incluso añade que *“aun independientemente del carácter oneroso o gratuito de la prestación de garantía personal o real por terceros, la causa del afianzamiento es independiente y autónoma de la deuda principal”*<sup>445</sup>.

Conviene matizar que no hay que identificar garantía fiduciaria exclusivamente con la venta en garantía, como ocurre en ocasiones en el ámbito del Derecho común<sup>446</sup>, pues esta puede ser la forma más común de

---

*«no puede oponerse al fiduciante por no haberse producido una verdadera transmisión del dominio»...”*.

<sup>443</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit., págs. 423-424. Le sigue PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. “Consideraciones...” cit., pág. 49.

<sup>444</sup> RUBIO TORRANO, E. “La venta a carta de gracia...”, cit., pág. 27. DORAL GARCÍA, J.A. “Comentarios a las leyes 463-474”, cit., pág. 895. CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia de garantía...”, cit., pág. 173.

Tradicionalmente se ha considerado que la causa de garantía no puede producir la transmisión de la propiedad. Sin embargo, autores recientes se replantean esta imposibilidad y admiten que la garantía es causa suficiente para transmitir la propiedad, aunque siempre que no conculque la prohibición del pacto comisorio. MATEO Y VILLA, I. “De la fiducia garantía”, en *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coordinado por GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., Cizur menor, Editorial Aranzadi, 2008, págs. 1240-1241.

<sup>445</sup> Es lo defendido, casi literalmente, por GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra”, cit., pág. 35.

<sup>446</sup> Entre los autores, GALICIA AIZPURUA, G. *Causa y garantía fiduciaria*, cit., MATEO Y VILLA, I. “De la fiducia garantía”, cit., págs. 1233-1259.

Un ejemplo ilustrativo de que en el Derecho navarro no puede identificarse venta en garantía y negocio fiduciario es el supuesto enjuiciado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

garantía fiduciaria, pero no la única. En el Derecho navarro, la venta en garantía, también denominada venta con pacto de retro o a carta de gracia, se regula de forma expresa y autónoma en las leyes 475 a 480 del Fuero Nuevo. En ella, para garantía de una obligación dineraria, puede celebrarse una compraventa reservándose el deudor el derecho a retraer la cosa vendida al satisfacerse la obligación (ley 475 FN).

El carácter fiduciario de esta venta a carta de gracia fue puesto en duda por algún autor<sup>447</sup>. Sin embargo, RUBIO TORRANO, sin excluir la posibilidad de que las partes le atribuyan un valor distinto, defendió el carácter de negocio fiduciario de la venta con pacto de retro en garantía, como supuesto más frecuente de negocio fiduciario<sup>448</sup>. Se apoya en que el negocio fiduciario supone la utilización de una figura típica, en este caso la compraventa, para conseguir unos fines distintos y, de ordinario, menores, cual es la garantía. La regulación del Fuero Nuevo confirma que en la venta con pacto de retro se transmite únicamente una propiedad provisional y limitada de la cosa confiada, al igual que en el negocio fiduciario<sup>449</sup>. Su tesis de que la venta a carta de gracia es una variedad de negocio fiduciario en garantía ha tenido refrendo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 26 de octubre de 1999<sup>450</sup>. La principal consecuencia es que la exclusión de la

---

Navarra de 26 de octubre de 1999, en el que la fiduciante transmitió una finca como garantía fiduciaria afecta a la devolución de un préstamo, sin que existiera, no ya una compraventa simulada, sino negocio mismo de cobertura.

<sup>447</sup> ARECHEDERRA ARANZADI, L. “Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones”, ADC, nº 31, 1978, pág. 451.

<sup>448</sup> RUBIO TORRANO, E. “La venta a carta de gracia...”, cit., págs. 28-29. De acuerdo con él, EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. “El Derecho Patrimonial del Fuero Nuevo...”, cit., págs. 4194-4195.

<sup>449</sup> Prueba de ello es que la ley 584 establece que se presumirá como garantía real siempre que el vendedor continúe por cualquier título en la posesión de la cosa, y que la ley 476 recoge la presunción de que en la venta con pacto de retro como garantía el vendedor tiene derecho a la posesión y disfrute de la cosa, a la vez que está obligado al pago de los gastos, seguros y contribuciones por razón de la misma. Las características anteriores, junto a otras expresiones que hacen referencia a la adquisición firme (leyes 477,478, 479 FN), confirman que el comprador no adquiere una verdadera propiedad, sino una titularidad fiduciaria.

<sup>450</sup> Establece el Tribunal Superior de Justicia de Navarra: “*En este sentido, ha de tenerse en cuenta la analogía existente entre la fiducia «cum creditore», con los demás negocios jurídicos de garantía real, entre ellos el de la compraventa con pacto de retro en garantía, que tiene la misma finalidad de aseguramiento de una obligación principal, distinguible de la venta con pacto de retro o a carta de gracia, regulada en la Ley 576, supuesto de derecho de retracto, que no tiene finalidad de garantía, salvo que el vendedor mantenga la posesión de la cosa, que, por efecto de*

rescisión por lesión en el precio, prevista en la ley 478 del Fuero Nuevo para la compraventa a carta de gracia como garantía, se extiende también a la fiducia en garantía.

En cuanto a la realización de la garantía fiduciaria, llegado el momento de vencimiento de la obligación principal, si el deudor-fiduciante cumple, el acreedor-fiduciario tendrá que retransmitirle la propiedad del objeto entregado (ley 466 FN), y responderá del bien igual que un acreedor pignoraticio.

En caso de incumplimiento por parte del deudor, deben diferenciarse dos situaciones, según se haya incluido o no en la fiducia un pacto comisorio. Pero previamente la ley 466 exige que el deudor haya incurrido en mora (“*en caso de mora del deudor*”). La Compilación no especifica nada respecto a la constitución en mora del deudor, salvo en cuanto a los intereses moratorios (ley 491 FN). CÁMARA propone, a falta de un tratamiento genérico de la mora, en defecto de costumbre, la aplicación supletoria del Código Civil (art. 1100 CC)<sup>451</sup>. Por analogía con la prenda (ley 469 FN) y la venta a carta de gracia con función de garantía (ley 477 FN), el requerimiento de pago al deudor fiduciante parece necesario para su constitución en mora, y además, debe entenderse necesaria la concesión de un plazo tras el requerimiento de pago, pues supone una medida que pretende proteger al deudor-fiduciante<sup>452</sup>.

Pues bien, efectuado el requerimiento de pago al deudor sin que este atienda al pago de la obligación principal, puede suceder en primer lugar que las partes hayan añadido a la fiducia un pacto comisorio por el que el acreedor, en caso de mora del deudor, “*adquirirá irrevocablemente la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho, y quedará extinguida la obligación garantizada*” (ley 466 FN). Este efecto no necesita de pacto expreso en la

---

*lo dispuesto en la Ley 584 y a diferencia de los demás casos de retracto en la compraventa, se regirá por lo dispuesto en el Capítulo II del Título VII, en el que se contienen, como queda dicho, las garantías reales.”*

<sup>451</sup> CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia de garantía en Navarra”, cit., pág. 168. La aplicación del artículo 1100 CC supondría que es necesaria la interpelación en la fiducia en garantía.

<sup>452</sup> De acuerdo con la nota a la ley 490 de la Recopilación Privada. *Recopilación Privada*, cit., pág. 256. Para Ozcáriz es aconsejable seguir las pautas que marca la ley 477 FN. OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1568. Establece dicha ley que la adquisición firme de propiedad por el acreedor solo tendrá lugar “*una vez cumplido el término de un mes y un día, o el plazo mayor previsto en el contrato, a contar del requerimiento fehaciente que el acreedor hiciera al deudor para exigir el cumplimiento de la obligación*”.

venta a carta de gracia en función de garantía, sino que el acreedor goza en todos los casos de la facultad de apropiarse definitivamente del bien transmitido en caso de incumplimiento, de acuerdo con lo dispuesto por la ley 477 del Fuero Nuevo, que además establece en su párrafo tercero que es nulo el pacto en contrario<sup>453</sup>.

La prohibición del pacto comisorio es uno de los grandes obstáculos a los que se enfrenta el negocio fiduciario en el Derecho común<sup>454</sup>. No obstante, puede preservarse la finalidad de protección del deudor que pretende la prohibición si se arbitran medios adecuados de valoración del bien y se impone al acreedor la obligación de restituir el exceso de valor que pudiera tener sobre la deuda garantizada. El legislador navarro ha optado sin embargo por permitir en la fiducia *cum creditore* que el acreedor se apropie definitivamente del bien independientemente de la correlación entre su valor

---

<sup>453</sup> La consolidación de la adquisición del acreedor-comprador no es automática sino que exige el requerimiento de pago y el transcurso de un plazo, presupuestos establecidos por el legislador navarro que constituyen verdaderas garantías para el vendedor-deudor según RUBIO TORRANO, E. “Comentario a las leyes 475-480”, en la obra colectiva dirigida por RUBIO TORRANO, E. *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, pág. 1603. No obstante, la última frase de este mismo párrafo dispone “*quedarán siempre a salvo cualesquiera pactos más favorables para el deudor*”. El pacto más favorable para el deudor puede ser, de forma muy natural, aquél por el que el acreedor, tras adquirir definitivamente la propiedad, se obligue a restituir el exceso de valor al deudor. También se pueden establecer condiciones más favorables para el deudor en cuanto a los plazos o la forma del requerimiento.

El Fuero Nuevo no alude a la posibilidad de introducir un acuerdo de proceder a la venta del bien en caso de incumplimiento por el deudor, pero habría que admitirlo, por la libertad de pacto. En tal sentido, OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1570.

<sup>454</sup> Durán Rivacoba rechaza precisamente la fiducia en garantía por conculcar dicha prohibición. DURÁN RIVACOBÁ, R. *La propiedad en garantía...*, cit., pág. 163.

Aunque ya se expuso con anterioridad que las garantías reales que utilizan el dominio como medio de garantía no conculcan técnicamente dicha prohibición, pues el efecto traslativo de la propiedad es propio de estos tipos de garantía real y se produce ya desde su misma celebración.



y el de la obligación garantizada<sup>455</sup> e incluso se excluye que el deudor ejercite la acción rescisoria por lesión (ley 478 FN)<sup>456</sup>.

En caso de que la fiducia vaya acompañada de un pacto comisorio, y descartado que el deudor-fiduciante pueda ejercitar la acción rescisoria por lesión por aplicación extensiva de la ley 478 del Fuero Nuevo, este quedaría protegido por la legislación represiva de la usura (STSJ de Navarra de 26 de octubre de 1999)<sup>457</sup> y en caso de ser consumidor, por la normativa de protección de estos<sup>458</sup>.

En cuanto a la defensa de los intereses de los terceros, especialmente los acreedores tanto del fiduciante como del fiduciario, si el negocio se ha efectuado en fraude de acreedores estos podrán impugnar el acto (SSTSJ de Navarra de 22 de enero de 1994 y 3 de marzo de 1994).

La segunda opción para la realización de la fiducia es que las partes no hayan previsto un pacto comisorio, situación que, curiosamente, no ha previsto el Fuero Nuevo<sup>459</sup>. La doctrina maneja tres posibles soluciones en este caso:

- a) Entender que el acreedor fiduciario ostenta un simple derecho de retención posesoria. Esta opción es descartada por algunos autores, por cuanto en Derecho navarro la retención posesoria no produce los

---

<sup>455</sup> Para Ozcáriz “*la adquisición irrevocable de la propiedad plena opera, “ope legis”, la novación del objeto obligacional en un evidente paralelismo con la dación en pago*” (ley 495 FN). OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1569.

Sabater alerta del riesgo de abuso que supone para el deudor cuando el bien transmitido tenga un valor de mercado muy superior al importe de la deuda garantizada, como sucedía en el supuesto enjuiciado por la STSJ Navarra de 26 de octubre de 1999. SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., pág. 407. En la misma línea de advertir del riesgo de abuso CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia de garantía en Navarra”, cit., pág. 168.

<sup>456</sup> Así lo declaró la STSJ Navarra de 26 de octubre de 1999, al extender la aplicación de la ley 478 del Fuero Nuevo a la garantía fiduciaria (ley 466 FN).

<sup>457</sup> Así lo afirman LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros. *Elementos de Derecho Civil III. 2*, cit., pág. 427, y CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia de garantía en Navarra”, cit., pág. 168. Este añade como medios de protección del fiduciante el fraude de ley y la lesión enorme y enormísima, pero esta última posibilidad fue rechazada por la posterior STSJ de Navarra de 26 de octubre de 1999.

<sup>458</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra”, cit., pág. 33.

<sup>459</sup> Señala Cámara que esta posibilidad “*es harto improbable en la práctica, ya que sería absurdo no estipular la superior garantía para el acreedor que esa especie de pacto comisorio “marciano” válido supone*”. CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia de garantía en Navarra”, cit., pág. 169.



efectos propios de los derechos reales limitados, por lo que se desvanece la función de garantía<sup>460</sup>.

- b) Considerar que el acreedor está legitimado para vender en pública subasta. Es la opción que defienden OZCÁRIZ y CÁMARA, por analogía con la prenda<sup>461</sup>. En contra, SABATER argumenta que esta solución no se deriva del texto de la ley 466 del Fuero Nuevo.
- c) Entender que nace el derecho de vender libremente la cosa. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 26 de octubre de 1999 parece optar por la existencia de esta facultad de vender libremente la cosa, apropiándose el acreedor del importe de la deuda, con obligación de restituir el exceso al deudor, si bien se trata de una mención incidental. SABATER vuelve a oponer que se trata de una posibilidad no prevista en la ley 466, mientras que OZCÁRIZ opina que esta posibilidad exigiría pacto expreso al respecto.

Resulta aconsejable pues, pactar expresamente acerca de la forma de realización del objeto de la garantía en caso de incumplimiento del deudor porque, en ausencia de pacto, las consecuencias jurídicas son harto dudosas (SABATER). No obstante, sea cual sea la forma de realización del valor del bien, si no existe pacto comisorio, el acreedor-fiduciario deberá devolver al deudor-fiduciante el exceso entre el valor del bien y el valor de la obligación garantizada, pues dicha obligación resulta común a todas las garantías reales.

Respecto a la posibilidad de agresión del bien fiduciado por parte de los acreedores, durante la fase de garantía estos se mantienen a la espera de la consolidación de la propiedad. Los acreedores del fiduciario deberán esperar hasta que por pacto comisorio (o por otra forma convenida entre las partes, en su caso) se consolide la propiedad de su deudor, mientras que los acreedores del fiduciante deberán esperar a que se produzca el cumplimiento

---

<sup>460</sup> SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., pág. 407. OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1571.

<sup>461</sup> OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1571. CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia de garantía en Navarra”, cit., pág. 169.

de la obligación garantizada y nazca la obligación de reintegro de la cosa por parte del fiduciario al fiduciante<sup>462</sup>.

En esta misma línea, en caso de concurso, sostiene CARRASCO que en realidad es indiferente la determinación de quién es el titular del dominio, si el fiduciante o el fiduciario, pues independientemente del nombre que designe la titularidad del fiduciario (propiedad formal, titularidad fiduciaria, propiedad limitada por una obligación de restitución), su dominio tiene una extensión conformada por el título obligacional del que nace<sup>463</sup>.

En caso de concurso del fiduciario, el fiduciante no tiene acción real para reivindicar frente al concurso del fiduciario el bien transmitido en garantía, en tanto el crédito principal no esté cumplido. Pero si cumple con la obligación principal, este deudor fiduciante ostenta un derecho de retransmisión del bien, que algunos han considerado privilegiado. CARRASCO, en atención al entramado de relaciones que implica la garantía fiduciaria, sostiene que en realidad el fiduciante mantiene una pretensión de naturaleza real para recuperar el bien, no en vano se defiende que conserva una “propiedad material” sobre el bien objeto de garantía<sup>464</sup>.

Ante el concurso del fiduciante, se incorpora a la masa activa del concurso el derecho de opción o de retro que ostenta el fiduciante contra el fiduciario, pero en las mismas condiciones en que pudiera ejercitarlo el fiduciante. Si no se dan los presupuestos para su ejercicio, la titularidad fiduciaria se consolida en propiedad plena del fiduciario, frente al deudor y frente al concurso<sup>465</sup>. Los administradores concursales únicamente tienen la

---

<sup>462</sup> OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1569.

<sup>463</sup> CARRASCO PERERA, A. *Los derechos de garantía en la ley concursal*, cit., págs. 249-251. En su opinión, el punto de partida para la determinación de la posición de fiduciante y fiduciario ante el concurso exige aceptar que sea cual sea el alcance que se le reconozca a la titularidad fiduciaria, de acuerdo con la jurisprudencia la venta o cesión en garantía encierra un negocio válido y con causa suficiente para producir efectos obligacionales. Como contrato válido, es oponible al concurso, y ni los administradores ni la masa pueden considerarse terceros de buena fe a efectos de pretender consolidar una posición jurídico real plena sin que se les puedan oponer los efectos obligacionales de lo pactado en la fiducia en garantía.

<sup>464</sup> *Ibidem*, págs. 255-256.

<sup>465</sup> *Ibidem*, págs. 254-258. Le sigue LYCZKOWSKA, K. *Garantías financieras*, cit., pág. 264. No obstante, el propio Carrasco afirma que en el Derecho común normalmente no se producirá la situación en la que una fiducia en garantía lleve aparejada un pacto comisorio. Sin embargo, en el Derecho navarro se permite el pacto comisorio (ley 466 FN), que incluso es consustancial a la venta con pacto de retro en garantía (ley 478 FN), por lo que la admisión de este pacto debe trasladarse también al ámbito concursal.

opción de ejercitar las acciones correspondientes para neutralizar el perjuicio que la transmisión fiduciaria haya podido ocasionar a la masa del concurso<sup>466</sup>.

### **3.5.2.- El depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) como modalidad de la fiducia en garantía (ley 466 FN)**

En el Derecho navarro la fiducia en garantía y el depósito en garantía son figuras típicas de garantía real, en tanto recaen sobre cosas y son eficaces frente a terceros. Además, ambas emplean el derecho de propiedad para alcanzar su función de reforzar la seguridad de cobro del acreedor. En este sentido, la causa del negocio, como función económico-social del mismo, es una causa de garantía. A su vez, lo que justifica la atribución de la propiedad sobre las cosas al acreedor es la prestación de una garantía, lo cual determina que la obligación de restitución del acreedor sea meramente eventual.

Sin embargo, si se atiende al derecho que adquiere el fiduciario (ley 466 FN) se observa que no coincide con el que adquiere el depositario en garantía (ley 474.I FN).

En efecto, en primer lugar el depositario en garantía adquiere una propiedad plena sobre el dinero o bienes fungibles entregados, pudiendo usarlos y disponer de los mismos como considere oportuno. En cambio, el acreedor-fiduciario ostenta una propiedad formal sobre la cosa, que no es plena, pues no puede disponer de la misma, y además responde ante el constituyente con arreglo a lo establecido para el acreedor pignoraticio (ley 470 FN, por remisión de la ley 466 FN). En esta línea, OZCÁRIZ y SABATER se han mostrado contrarios a la existencia de una propiedad fiduciaria en el

---

<sup>466</sup> En cuanto a la acción de separación, el artículo 80 de la Ley Concursal no hace depender su prosperabilidad del dominio del fiduciante sino de que el fiduciario tenga un derecho a poseer el bien. Obviamente no ostenta derecho de separación el fiduciante cuando el fiduciario (habitualmente el vendedor en garantía), continúe en la posesión del bien. Conviene recordar que de acuerdo con la presunción de la ley 584 del Fuero Nuevo, se presume que la venta con pacto de retro se ha celebrado en garantía cuando el vendedor-fiduciante continúe por cualquier título en posesión de la cosa. Se presenta entonces una situación más compleja. El fiduciario no tiene ningún derecho para adquirir frente al fiduciante o su concurso una posesión que retiene el fiduciante, ni puede pretender el ejercicio de una acción declarativa de la propiedad o de una acción reivindicatoria. Así que mientras se mantenga la *causa fiduciae*, hasta que se liquide la deuda principal, debe mantenerse el *status quo* derivado del contrato. CARRASCO PERERA, A. *Los derechos de garantía en la ley concursal*, cit., págs. 257-258.

depósito en garantía, pues el receptor del bien puede enajenar y no está obligado a conservar, sino tan solo a restituir el *tantundem*<sup>467</sup>.

Relacionado con lo anterior, ha de señalarse que el fiduciario debe restituir el bien específico recibido en garantía, y responde además de hacerlo en el mismo estado en que le fue entregado (ley 466 FN). Por su parte, el acreedor que recibe en garantía dinero o bienes fungibles puede gastarlo o disponer de él con absoluta libertad y no debe restituir lo mismo sino una cantidad igual a los bienes recibidos. Precisamente DORAL señala como diferencia entre el depósito en garantía y la fiducia que en esta debe restituirse el mismo objeto, no admitiéndose la sustitución o el reemplazo, mientras que en el depósito en garantía se restituirá el *tantundem*<sup>468</sup>.

El otro obstáculo advertido para que pueda calificarse el depósito en garantía como una modalidad de garantía fiduciaria es el hecho de que en la fiducia existe un riesgo de abuso por parte del fiduciario, que resulta inexistente en el depósito en garantía<sup>469</sup>. En efecto, consideramos que una fundamental diferencia entre ambas figuras reside, en el ámbito del Fuero Nuevo, no solo en el riesgo de abuso por parte del acreedor sino en el desenvolvimiento de ambas garantías en caso de incumplimiento del deudor.

La fiducia puede conllevar un pacto comisorio por el que el acreedor-fiduciario se apropie definitivamente de los bienes objeto de garantía, pero además de ser necesario el pacto en tal sentido, el incumplimiento del deudor no produce automáticamente esta adquisición definitiva, sino que la ley 466 del Fuero Nuevo exige que el deudor haya incurrido en mora. Es preciso por tanto que el acreedor efectúe un requerimiento de pago al deudor y que además se le conceda un plazo de pago tras dicho requerimiento, que en la venta a carta de gracia en función de garantía se fija en un mes y un día, como

---

<sup>467</sup> OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1596. A pesar de que, al comentar la fiducia, mencionamos que la que tiene por objeto dinero o bienes fungibles se encuadraría en la ley 474 FN, lo que supondría, entendemos, su desnaturalización como fiducia. *Ibidem*, pág. 1566. SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., pág. 408.

Cruz comparte estas críticas para la prenda irregular en el ámbito del Código Civil. CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 143-145, al igual que DALMARTELLO, A. “Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto)”, cit., págs. 328-329, para el Derecho italiano.

<sup>468</sup> DORAL GARCÍA, J.A. “Comentarios a las leyes 463-474”, cit., pág. 933.

<sup>469</sup> OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1596. SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., pág. 408. CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 143-145.

mínimo. Así pues, para que el acreedor se convierta en propietario pleno de la cosa es preciso pacto comisorio, además de requerimiento de pago y transcurso de un plazo.

El depósito en garantía en cambio no requiere pacto expreso para que el acreedor consolide la propiedad (prueba de que se produce una transmisión plena desde el inicio y no una propiedad fiduciaria), ni la ley 474 del Fuero Nuevo exige constitución en mora del deudor ni por tanto que se le efectúe requerimiento alguno. Ante el incumplimiento del deudor, la garantía se realiza de forma automática, mediante la compensación entre el valor del dinero o bienes entregados y el importe de la obligación garantizada.

Si la fiducia en garantía no lleva aparejado un pacto comisorio, las diferencias con el depósito en garantía se acentúan todavía más, pues habría de procederse bien a la venta del bien en pública subasta, bien a su venta libre, para posteriormente imputar el precio obtenido a la satisfacción del crédito, lo cual no tiene sentido cuando se trata de dinero o bienes fungibles.

Otra diferencia importante en la fase de realización de la garantía tiene que ver con el riesgo de abuso al que se aludía más arriba. En la fiducia en garantía con pacto comisorio (y en la venta a carta de gracia) el acreedor puede apropiarse definitivamente de un bien de valor superior a la deuda garantizada. En el depósito en garantía, en cambio, no puede apropiarse de dicho exceso<sup>470</sup>. La doctrina nacional y extranjera es unánime al entender que cuando se entrega dinero o bienes fungibles al acreedor con función de garantía (sea cual sea el nombre empleado), este tiene la obligación de devolver al constituyente de la garantía el eventual exceso entre el importe de la obligación garantizada y el valor de la garantía, no conculcándose por ello la prohibición del pacto comisorio<sup>471</sup>. Los artículos 1851 del *Codice Civile* y 2341 del *Code Civil* contemplan expresamente la obligación del acreedor de restituir el exceso al constituyente de la garantía, pero aunque no se diga

---

<sup>470</sup> Así, OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., págs. 1597-1598. SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., pág. 408.

<sup>471</sup> CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág. 145. JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito”, cit., pág. 315. CUEVILLAS MATOZZI, I. “La pignoración de saldos de depósitos bancarios”, cit., pág. 6485. BONARDELL LENZANO, R. “Contrato de afianzamiento general...”, cit., pág. 333. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. *Curso de Derecho Civil. I*, cit., pág. 235. REALMONTE, F. “Il pegno”, cit., pág. 649. ANELLI, F. *L'Alienazione in funzione di garanzia*, cit., pág. 268. RAMOS ALVES. *Do penhor*, cit., págs. 215 y sig.

expresamente, como es el caso del artículo 666.2 del Código portugués, se afirma que dicha obligación existe. La posibilidad de apropiarse del exceso alejaría el depósito en garantía (o prenda irregular, según la denominación utilizada por otros ordenamientos) del ámbito de las garantías y lo aproximaría a otras figuras como la cláusula penal. Dicho de otro modo, la voluntad de las partes no iría dirigida a prestar una garantía, sino a arbitrar un mecanismo de indemnización o penalización por el incumplimiento del deudor.

Por todo lo anterior, aunque la fiducia en garantía (ley 466 FN) y el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) presentan similitudes notables, no puede afirmarse una coincidencia entre ellos, de forma que no puede considerarse el depósito en garantía como una modalidad de aquella. En realidad, cuando se afirma que la prenda irregular supone un negocio fiduciario, se está aludiendo a una idea genérica de transmisión fiduciaria, en el sentido de que se transmite la propiedad plena pero con una finalidad específica que el fiduciario debe cumplir<sup>472</sup>, noción que no coincide con la figura de *fiducia cum creditore* expresamente prevista en el Fuero Nuevo.

### 3.6.- Distinción entre el depósito en garantía y las arras

Para terminar de contrastar el depósito en garantía con otras figuras afines incluidas en el Título dedicado a las garantías reales, procede confrontarlo con las arras, reguladas en la ley 467, en el Capítulo anterior al del depósito en garantía. La proximidad entre la prenda irregular (en la terminología utilizada por otros ordenamientos) y las arras, a las que en

---

<sup>472</sup> Esta es la idea que subyace, por ejemplo, en los pronunciamientos de Grassetti. GRASSETTI, C. “Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario”, cit., especialmente págs. 108-109.

Influye sin duda el hecho de que en la mayoría de ordenamientos la *fiducia cum creditore* no goza de regulación legal y sus contornos son más difusos que en el Derecho navarro.

Hualde alude también a la existencia en nuestro ordenamiento de supuestos de “propiedad funcionalizada”, tanto en el ámbito sucesorio como contractual. La polivalencia semántica del adjetivo “fiduciario” supone una fuente de problemas, como acertadamente apunta la autora. HUALDE MANSO, T. “Causa, función y pervisión del depósito bancario a la vista”, cit., pág. 147.

algunos casos se les atribuye una función de garantía, ha sido puesta de manifiesto por la doctrina italiana y portuguesa<sup>473</sup>.

Las arras comparten con el depósito en garantía su carácter real y accesorio, y el hecho de que su objeto sea dinero<sup>474</sup>. No obstante, para comparar debidamente ambas figuras hay que distinguir entre los diferentes tipos de arras.

De acuerdo con lo dispuesto por la ley 467 del Fuero Nuevo, para que las arras sean penitenciales o de desistimiento es necesario el pacto expreso, mientras que en defecto de dicho pacto se presumen confirmatorias<sup>475</sup>.

Así pues, para que el acuerdo entre las partes se considere constitutivo de arras penitenciales es necesaria la concurrencia de dos requisitos<sup>476</sup>: por un lado, la entrega de una cantidad de dinero, a la que se confiera la condición indubitada de arras o señal y, por otro, que expresamente se establezca la posibilidad de resolución del contrato con la única consecuencia de la pérdida de lo entregado o la obligación de devolver doblado lo recibido.

En este tipo de arras, según se ha puesto de manifiesto, lo que se asegura no es el crédito principal, sino la posibilidad de desistir del contrato, por lo que cuestiona OZCÁRIZ si son incluibles en el mismo grupo que las arras penales y las confirmatorias, o por el contrario se trata de una especie

---

<sup>473</sup> Rubino sostiene que las arras confirmatorias (art. 1385 *Codice Civile*) pueden considerarse como prenda irregular. RUBINO, D. “Il pegno”, cit., pág. 217. En el mismo sentido, GORLA, G., ZANELLI, P. “Del pegno. Delle ipoteche”, cit., pág. 37. No obstante, otros autores diferencian ambas figuras, a pesar de las similitudes entre ellas: GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 513 y sig. ANELLI, F. *L'Alienazione in funzione di garanzia*, cit., pág. 269 y sig. RAMOS ALVES. *Do penhor*, cit., págs. 259 y sig.

<sup>474</sup> DÍAZ ALABART, S. “Las arras (I)”, *Revista de Derecho privado*, año nº 80, mes 1, 1996, pág. 36. Para algunos autores, mientras que las arras confirmatorias recaen necesariamente sobre dinero, las arras penitenciales pueden consistir en otro tipo de bienes muebles tangibles, que permitan su duplicación. Así, OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., págs. 1572-1573, con cita de García Cantero. En contra Lacruz, *Elementos de Derecho Civil, II, I*, cit., pág. 359, para quien la Compilación solo contempla las arras dinerarias.

<sup>475</sup> Se ha resaltado la precisión de esta disposición al utilizar el término “resolución” del contrato, en lugar del término “rescisión” que emplea el artículo 1454 del Código Civil por DÍAZ ALABART, S. “Las arras (y II)”, *Revista de Derecho privado*, año nº 80, mes 2, 1996, pág. 100. También la licitud del pacto por el cual una de las partes puede poner fin a la relación contractual sin más consecuencias que las previstas y sin necesidad de aportar ninguna justificación. DORAL GARCÍA, J.A. “Comentarios a las leyes 463-474”, cit., pág. 902.

<sup>476</sup> OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1573.



de contrato de opción que nunca debió regularse en sede de garantías reales<sup>477</sup>. En efecto, se considera aquí que no ofrecen garantía en sentido estricto al acreedor, en el sentido de reforzar sus posibilidades de obtener la satisfacción de su crédito, ni cumplen una función de coerción al cumplimiento del contrato pues precisamente suponen el precio de desistir del mismo<sup>478</sup>.

Pero incluso dejando estas consideraciones aparte, lo cierto es que las arras penitenciales se diferencian claramente del depósito en garantía en manos del acreedor. Aquellas asegurarían, en todo caso, el desistimiento de la obligación principal, y no el incumplimiento de la obligación principal misma, como ocurre en el depósito en garantía.

Por otro lado, el depósito en garantía asegura siempre al acreedor, que puede descontar el importe de lo recibido con el importe del crédito principal si se produce el incumplimiento del deudor. Las arras penitenciales, en cambio, pueden recaer sobre cualquiera de los dos contratantes, si así se ha pactado<sup>479</sup>, de forma que puede ser el acreedor quien tenga que entregar al deudor las arras dobladas, en caso de que opte por desistir del contrato, aportando dinero de su propio patrimonio<sup>480</sup>. El acreedor-depositario en garantía nunca sufre un empobrecimiento en su patrimonio, sino que, a lo sumo, deberá restituir la misma cantidad de dinero recibida inicialmente del deudor.

En defecto de pacto expreso como penitenciales, de acuerdo con la ley 467.II del Fuero Nuevo, se presume que las arras son confirmatorias, y por tanto, la cantidad entregada se reputa a cuenta del precio. Pero para el Fuero Nuevo, en caso de que se produzca el incumplimiento, la parte cumplidora

---

<sup>477</sup> *Ibidem*, pág. 1572.

<sup>478</sup> Las arras confirmatorias, según se examinará a continuación, sí desempeñan esta función compulsoria o de coerción al cumplimiento del contrato, por lo que la inclusión de las arras penitenciales como garantía real puede obedecer a la conveniencia de regular conjuntamente ambas modalidades de arras.

<sup>479</sup> La ley 467.I FN dispone que el pacto de arras penitenciales puede ser unilateral o bilateral, habiéndose confirmado por la Audiencia Provincial de Navarra en su sentencia de 6 de abril de 2000 que “*solo la parte que se obliga expresamente a cumplir el mismo se encuentre sometida a su disciplina, sin que quepa presuponer que el régimen se extiende a quien no aparece explícitamente vinculado a su observancia*”.

<sup>480</sup> Piénsese en el propietario de un inmueble que celebró un contrato de venta recibiendo una cantidad en concepto de arras penitenciales, pero que con posterioridad encuentra un comprador dispuesto a pagar un precio mayor, resultándole más rentable al vendedor desistir del contrato inicial devolviendo las arras dobladas para celebrar una nueva compraventa con el segundo comprador que mantener este primer contrato.



tiene una doble opción entre exigir el cumplimiento del contrato más la indemnización por los daños y perjuicios, en cuyo caso las arras se imputan al precio o en su caso a la indemnización, o resolver el contrato perdiendo las arras el incumplidor o devolviendo las arras dobladas si fue el incumplidor quien las recibió.

Esta regulación coincide con la del artículo 1385 del *Codice Civile*, salvo que este se refiere a dinero o bienes fungibles<sup>481</sup>. Ninguno de los dos textos legales contempla las arras confirmatorias puras, sino que se trata de arras confirmatorias penales, en terminología empleada por DÍAZ ALABART<sup>482</sup>.

En este supuesto de arras, aunque se apliquen los efectos previstos para las arras penitenciales, se contempla la existencia de un incumplimiento, no de un desistimiento, por lo que la similitud con el depósito en garantía es mayor que en las arras penitenciales.

---

<sup>481</sup> Dispone el *articolo 1385*:

*Caparra confirmatoria*

*Se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro, o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta.*

*Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra.*

*Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali.*

<sup>482</sup> La autora, en efecto, diferencia entre arras confirmatorias puras y arras confirmatorias penales.

Las primeras carecen de efectos penales y no permiten desistir del contrato, constituyendo en realidad pagos parciales anticipados, por lo que no se conocen como arras ni en el Derecho histórico ni en los ordenamientos de nuestro entorno, donde se suelen contemplar las arras confirmatorias penales. Estas no dan la posibilidad de resolver el contrato, sino que conllevan una función confirmatoria del contrato y a la vez una función penal. Pueden ser penales puras o cumulativas, en cuyo caso el contratante cumplidor puede hacer suyas las arras si fue él quien las recibió, o reclamarlas dobladas si fue él quien las entregó, además de reclamar el cumplimiento de la obligación principal y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. También pueden ser penales sustitutorias, en cuyo caso las arras sustituyen a la indemnización por los daños. DÍAZ ALABART, S. “Las arras (I)”, cit., págs. 26-27.

Conforme a la distinción anterior, entiende Díaz Alabart que las arras confirmatorias de la ley 467.II del Fuero Nuevo constituyen arras confirmatorias penales. DÍAZ ALABART, S. “Las arras (y II)”, cit., págs. 100-101. Entiende la autora que el Fuero Nuevo no contempla las arras confirmatorias puras. Sin embargo, consideramos que aunque la ley 467 no las contemple sí pueden hacerlos las partes, como ocurrió en el supuesto resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de mayo de 1993.

Ha de plantearse pues si en las arras confirmatorias penales existe una causa de garantía y, en caso afirmativo, cómo se desarrolla esta finalidad. En ese sentido, es cierto que al contratante que entrega las arras le interesa cumplir para no exponerse a una condiciones más gravosas que las que le acarrearía el incumplimiento de ordinario, es decir, si no se hubieran entregado arras. Esta función coercitiva se ha identificado con una función de garantía<sup>483</sup> y puede considerarse similar a la presión que se ejerce sobre el deudor en el derecho de retención convencional (ley 473 FN)<sup>484</sup>. De acuerdo con el concepto amplio de garantía real que adopta el Fuero Nuevo, esta función coercitiva sería suficiente para justificar la inclusión de las arras en el Título dedicado a las garantías reales. Ahora bien, hay que reconocer que la garantía es muy débil: por un lado, no es la única función que se le atribuye a la figura, y por otro, en caso de insolvencia del contratante incumplidor, la otra parte (que incluso puede ser quien entregó las arras) ostenta un simple derecho de crédito sin privilegio alguno<sup>485</sup>.

<sup>483</sup> RAMOS ALVES. *Do penhor*, cit., pág. 261.

<sup>484</sup> Además de una función coercitiva, las arras confirmatorias penales desempeñan otras funciones: una función confirmatoria de la celebración del contrato; una función anticipatoria del cumplimiento pues si el deudor cumple se establece que las arras se imputarán al precio, por lo que la entrega inicial tiene carácter de pago anticipado, y si el deudor incumple pero la otra parte optar por exigir el cumplimiento, las arras se imputarán al precio o en su caso a la indemnización por daños y perjuicios; y una función liquidatoria, que comparten con la cláusula penal, por lo que servirían de determinación anticipada y convencional de los daños derivados del incumplimiento. Véase PINTO MONTEIRO. *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999, pág. 163, y 187 y sig. DÍAZ ALABART, S. “Las arras (I)”, cit., págs. 27-28.

<sup>485</sup> El acreedor que tiene un objeto del deudor retenido en garantía tampoco tiene ninguna preferencia de cobro frente a otros acreedores, pero al menos se asegura de que existe un bien en el patrimonio del deudor sobre el que solicitar el embargo.

Algunos autores han resaltado que esta función coercitiva o compulsoria, que incluso identifican con una finalidad de garantía, la desarrolla también la cláusula penal. Así, SANZ VIOLA, A. *La cláusula penal en el Código Civil*, Barcelona, Jose María Bosch Editor S.A., pág. 17 y sig. BLANCO GÓMEZ, J.J. *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Madrid, Dykinson, 1996, págs. 20 y sig. En este sentido, Amorós sostiene que la cláusula penal convencional desempeña una función de estricta garantía, al margen de sus posibles funciones liquidatoria o acumulativa, cuando se fija una cantidad superior a la cuantía de la deuda originaria: “*La garantía vive aquí no a través de la ampliación del objeto patrimonial, sino mediante la extensión de la cuantía de la propia deuda*”. AMORÓS GUARDIOLA, M. “La garantía patrimonial y sus formas”, cit., pág. 573.

Sin embargo, esta función coercitiva no puede identificarse con la garantía que otorga el depósito en garantía en manos del acreedor, además de que la cláusula penal, a diferencia de las arras y el depósito en garantía, no tiene naturaleza real sino meramente consensual, pues no existe entrega inicial al acreedor (PINTO MONTEIRO. *Cláusula penal*, cit., pág. 185) y de que en la ley 518 del Fuero Nuevo la estipulación penal tiene carácter sancionador por lo que no hay inconveniente

Esta función coercitiva al cumplimiento de las arras confirmatorias penales no coincide desde luego con la forma en la que se desenvuelve la función de garantía en el depósito en garantía en manos del acreedor. Cuando una cantidad de dinero se entrega en concepto de arras confirmatorias penitenciales (por voluntad de las partes o en virtud de la presunción de la ley 467 FN), en caso de incumplimiento la parte cumplidora puede optar por resolver el contrato apropiándose de las arras recibidas, que sustituyen no a la obligación principal, que se ha resuelto, sino a la indemnización por daños y perjuicios. Las partes convencionalmente establecen una cuantía a pagar por el incumplidor, independientemente de la existencia de un daño efectivo o de su cuantía<sup>486</sup>.

En el depósito en garantía en cambio la obligación principal no se resuelve, sino que ante el incumplimiento del deudor el acreedor puede satisfacer esta obligación principal con lo entregado en garantía. No se sustituyen los eventuales daños, ni se penaliza al deudor por el incumplimiento, sino que el dinero entregado se destina a la extinción de la obligación principal. Además, en caso de incumplimiento el depositario en garantía descuenta automáticamente la cuantía de lo recibido en garantía con la cuantía de la obligación principal, sin necesidad de acudir a un procedimiento judicial. En las arras también se ha dicho que suponen una liquidación anticipada del daño, pero no evitan al cumplidor tener que acudir a un procedimiento judicial en caso de que fuese él quien entregara las arras.

El depositario en garantía podría realizar su crédito bien ejercitando su derecho subjetivo inicial o bien ejercitando el derecho que le concede el depósito en garantía. En las arras, sin embargo, solo dispone del derecho subjetivo inicial para la realización de su crédito, pues las arras no le confieren ningún derecho adicional para ello y por tanto no constituyen un contrato de garantía<sup>487</sup>.

---

en que la cuantía establecida como pena exceda incluso notablemente del daño efectivamente sufrido por el acreedor. Respecto a este carácter sancionador: ARCOS VIEIRA, M.L., “Comentario a las leyes 515-524”, cit., pág. 1786. SALINAS QUIJADA, F. *Derecho Civil de Navarra*. IV, 2, cit., pág. 32. En el depósito en garantía, sin embargo, si la cantidad entregada supera la cuantía de la prestación principal el acreedor tendría que devolver el exceso al depositante en garantía.

<sup>486</sup> En cuyo caso ciertamente tiene carácter sancionador más que liquidatorio del daño.

<sup>487</sup> En caso de resolver el contrato, las arras se imputan, como se ha señalado, a la indemnización por daños, no a la satisfacción de la obligación principal. En caso de optar por el cumplimiento

Algunos autores han señalado que la regla de devolver el doble es extraña a la prenda irregular<sup>488</sup>, y ello es porque las arras confirmatorias pueden gravar el incumplimiento de cualquiera de los dos contratantes, por lo que puede ser garantía para quien las da y para quien las recibe<sup>489</sup>, situación que no puede producirse en el depósito en garantía, en el que se garantiza siempre al acreedor.

Por último, aunque se reconoce que no es un criterio determinante, la prenda irregular suele tener un valor similar al de la prestación que se garantiza, mientras que las arras suelen tener un valor inferior<sup>490</sup>.

### 3.7.- El depósito en garantía como garantía real autónoma

Descartado que el depósito en garantía en manos del acreedor constituya una modalidad de prenda ordinaria, una prenda de créditos o una fiducia en garantía, así como su equiparación con las arras, se ha de concluir que no coincide con ninguna otra forma de garantía real tipificada por el Fuero Nuevo y por tanto tiene sustantividad propia en el seno del Derecho navarro.

En otros ordenamientos, parte de la doctrina ha llegado a idéntica conclusión respecto de la denominada prenda irregular. Para el Derecho italiano, que también prevé legislativamente el *pegno irregolare* (art. 1851 *Codice Civile*), VITTORIA ha sostenido que supone un contrato con eficacia real, que se define como aquel en el que el garante entrega y atribuye en propiedad al acreedor dinero o bienes que tienen un precio corriente de mercado, y de tales bienes el acreedor debe restituir el *tantundem* solo si se produce un cumplimiento regular de la obligación garantizada. En caso de incumplimiento de la prestación principal puede operar una legítima

---

del contrato, la cantidad entregada en concepto de arras se imputa al precio, o, en su caso, a la indemnización.

<sup>488</sup> GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 513.

<sup>489</sup> DÍAZ ALABART, S. “Las arras (I)”, cit., pág. 38.

<sup>490</sup> *Ibidem*.

Cabe la posibilidad, por último, de que se hayan pactado expresamente unas arras penales, en cuyo caso la suma entregada como arras sustituirá a la cuantía de la indemnización (arras penales sustitutorias) o podrá reclamarse además de la indemnización de los posibles daños (arras penales cumulativas). En cualquier caso, sustituyen a la indemnización o suponen el incremento del resarcimiento de los daños, por lo que las diferencias con el depósito en garantía son las mismas que cuando se trata de unas arras confirmatorias penales.

apropiación del valor de lo entregado, restituyendo al garante el exceso. En la prenda regular la realidad de la situación atribuida al acreedor se resuelve en la oponibilidad *erga omnes* de un derecho de prelación sobre la suma obtenida de la venta de la cosa, mientras que en la prenda irregular el efecto real es más amplio, identificándose con la propiedad de la cosa atribuida en garantía<sup>491</sup>.

En el Derecho común, una vez descartado que la prenda irregular constituya una variedad de prenda regular, así como un negocio fiduciario, CRUZ sostiene que se trata de un específico modo de garantía real, que incluso se ha considerado como la última y más evolucionada de las garantías reales<sup>492</sup>. Para la citada autora, la prenda irregular comparte con la prenda

---

<sup>491</sup> VITTORIA, D. “Pegno irregolare”, cit., pág. 1. Para Anelli la prenda irregular también constituye un negocio de garantía y en cuanto tal debe regirse por las reglas generales en tema de garantías reales. ANELLI, F. *L'Alienazione in funzione di garanzia*, cit., págs. 265-267.

<sup>492</sup> CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 154-155. En la nota nº 154 cita a varios autores que comparten la opinión de que la prenda irregular solo tiene en común con la prenda el nombre y la función de garantía, pero ello no quiere decir que admitan que la prenda irregular constituye una garantía real autónoma. Entre los citados, Jordano, por ejemplo, considera la prenda irregular una figura obligacional. JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito” cit., pág. 309.

Díez-Picazo y Gullón no se pronuncian expresamente sobre la naturaleza de la prenda irregular, aunque mencionan que presenta una especialidad en su objeto que marca una particularidad en su realización. DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil Vol. III, 1*, cit., págs. 143-144. Gullón en otro trabajo se decantó por entender que lo que se afecta en garantía es el derecho a la restitución de la suma dineraria, considerándolo una prenda de créditos. GULLÓN BALLESTEROS, A. “Comentario artículos 1857-1886”, en la obra colectiva coordinada por SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. *Comentario del Código Civil*, Tomo 9, 2ª edición, Barcelona, Bosch S.A., 2006, pág. 179.

Albaladejo descarta que se trate de una modalidad de prenda, pero tampoco se pronuncia expresamente sobre la naturaleza o efectos de la prenda irregular. ALBALADEJO, M. *Derecho civil III*, cit., págs. 723-724.

Aunque no se encuentra entre los autores mencionados por Cruz, Fínez Ratón sostiene, en su misma línea, que debe admitirse la constitución de una garantía sobre el dinero, aunque no sobre su errónea concepción como mercancía. Mantiene que a pesar de la ultrafungibilidad del objeto es posible constituir una garantía sobre el mismo, como lo demuestra la experiencia comparada. Las peculiaridades de la figura, su efecto transmisivo de la propiedad, hacen que no se mantenga la estructura del derecho real de garantía, lo que constituye la irregularidad de la prenda, pero el privilegio es el de todo acreedor pignoraticio, no se crea ningún privilegio nuevo. FÍNEZ RATÓN, J.M. *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios...*, cit., págs. 142-143. No obstante, el funcionamiento de la prenda irregular no requiere, a nuestro juicio, de la atribución de ningún privilegio. Su estructura hace que se afecte el dinero entregado al cumplimiento de la obligación, compensándose o imputándose automáticamente en caso de incumplimiento de la obligación

regular una genérica finalidad de garantía, presenta la estructura típica de un negocio irregular, y produce una plena transmisión de propiedad de bienes fungibles a manos del acreedor garantizado, que queda obligado a devolver el *tantundem*, en caso de cumplimiento. En caso de vencimiento y no satisfacción del crédito garantizado, podrá actuar dicho mecanismo, debiendo restituir solo el exceso de valor de lo recibido respecto al crédito garantizado.

Frente a la dificultad de sostener que la prenda irregular en el Derecho común constituye una garantía real con sustantividad propia<sup>493</sup>, en el Derecho navarro no solo se contempla expresamente en la ley 474.I de la Compilación, bajo la denominación de depósito en garantía, sino que además se prevé legislativamente el concepto de garantía real, como más amplio que el de derecho real de garantía, lo que evita que ante la inexistencia de derecho real de garantía se le niegue a la figura su eficacia real, o que tenga que reconducirse a la prenda de créditos. Partiendo entonces de la consideración del depósito en garantía en manos del acreedor como garantía real autónoma, han de afrontarse dos de las cuestiones más delicadas en cuanto al mismo, que son la determinación de la causa de transmisión de la propiedad y la naturaleza de su mecanismo satisfactivo.

### 3.7.1.- La causa de la transmisión de la propiedad en el depósito en garantía en manos del acreedor

La doctrina italiana se planteó, primeramente, si la transmisión de la propiedad que produce la prenda irregular es consecuencia de la fungibilidad del objeto o de la voluntad de las partes. DALMARTELLO afirmó al respecto que el efecto traslativo de la propiedad no es consecuencia de la mera naturaleza de los bienes<sup>494</sup>, y así ha sido sostenido después de forma prácticamente unánime<sup>495</sup>. Se justificaba en que si las partes quisieran,

---

principal, con lo que no requiere de privilegios, propios del funcionamiento de los derechos reales de garantía.

<sup>493</sup> Debido a la posición mayoritaria que sostiene la imposibilidad de figuras atípicas de derechos reales de garantía, ya expuesta, *supra*, epígrafe 3.1, y la no distinción entre el concepto de derecho real de garantía y el de garantía real.

<sup>494</sup> DALMARTELLO, A. “Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto)”, cit., pág. 330.

<sup>495</sup> En Francia también es la tesis prevalente. Por todos, Bouguerol, aunque matiza que a falta de tal voluntad, y en ausencia de individualización, se transfiere la propiedad del dinero entregado al acreedor por confusión. BOUGEROL-PRUD’HOMME, L. *Exclusivité et garanties de paiement*, cit., pág. 233.

podrían individualizar fácilmente los objetos entregados y evitar así la adquisición de la propiedad por el *accipiens*.

ANELLI profundiza en este razonamiento y sostiene que, en principio, la falta de individualización no es argumento decisivo para afirmar que el efecto transmisivo sea voluntad de las partes, porque no exterioriza un comportamiento positivo de estas. Aunque se entreguen bienes sin individualizar, el efecto traslativo estaría subordinado a la demostración de que efectivamente se ha producido la conmixtión de los bienes entregados con otros del mismo género que estuvieran en el patrimonio del *accipiens*<sup>496</sup>. El *Codice Civile*, en los artículos 1782 y 1851, que prevén respectivamente el depósito irregular y la prenda irregular, prescinde de tal circunstancia y erige en decisiva la atribución de facultades de disposición a quien recibe las cosas. Dicha atribución no es consecuencia automática de la naturaleza fungible de los bienes, sino que constituye un efecto negocial querido por las partes, con lo cual se confirma en este caso que es la voluntad de las partes la fuente de la transmisión de la propiedad.

Sin embargo, para la prenda irregular, de acuerdo con el artículo 1851, no solo se prevé la transmisión de la propiedad cuando se concedan facultades de disponer al acreedor, sino también cuando las cosas se le entreguen sin individualizar<sup>497</sup>. Pero, ¿por qué esta diferencia con el depósito irregular? ANELLI lo justifica en la diferente función de ambos negocios. En la prenda irregular el banco-acreedor se dedica a la concesión de crédito y le interesa disponer de liquidez para llevar a cabo su actividad, mientras que el cliente busca obtener crédito entregando ciertos bienes (títulos, mercancías), que pueda recuperar restituyendo el dinero recibido, por lo que para el legislador es suficiente con la entrega sin individualizar para determinar el efecto traslativo. Si las partes quieren lo contrario, tendrán que proceder a la especificación del dinero o los bienes fungibles entregados. En cambio, en el depósito irregular el depositante busca la custodia y la restitución, aun cuando

---

No obstante, a favor de que la naturaleza del objeto es la fuente de transmisión de la propiedad se posiciona MARTIN, R.D. “*Du gage-espèces...*”, cit., pág. 2558.

<sup>496</sup> ANELLI, F. *L’Alienazione in funzione di garanzia*, cit., pág. 239 y sig.

<sup>497</sup> Con ello el legislador parece secundar la tesis de Dalmartello.

La Corte de Casación ha insistido en la necesidad de una de estas dos circunstancias para que la prenda puede calificarse de irregular. PAPAGNI, V. “Il pegno irregolare non è revocabile e la banca può incamerare in via definitiva il denaro ricevuto in garanzia”, *Diritto & Giustizia*, fasc.1, 2014, pag. 1. Comenta el autor la Sentencia de 21 de noviembre de 2014.



se trate de cosas fungibles. Si al depositante le es indiferente que le restituyan el *tantundem* tiene que expresarlo, concediendo facultades de disposición al depositario.

La ley 554 del Fuero Nuevo coincide con el artículo 1872 del *Codice* italiano en exigir que para que el depósito sea irregular el depositario debe haber recibido, expresa o tácitamente, facultades de disposición. El legislador pretende de alguna manera facilitar la prueba de la irregularidad del negocio, poniendo el acento en la concesión de dichas facultades. Se evita así que todo depósito que recaiga sobre bienes fungibles se califique automáticamente como irregular, y, por otro lado, se prescinde de la prueba de la efectiva conmixión de los bienes entregados con otros bienes del patrimonio del *accipiens*.

Sin embargo, la ley 474 del Fuero Nuevo se separa de las normas comentadas y no exige la concesión de facultades de disponer, ni se refiere a la falta de individualización de las cosas, sino que alude expresamente al efecto traslativo de la propiedad del depósito en garantía. La ley se inclina, así, por considerar que siempre que se entregue dinero o bienes fungibles para garantía de una obligación se adquirirá su propiedad por el depositario en garantía (*“Para garantía del cumplimiento de una obligación puede constituirse a favor del acreedor un depósito de dinero u otras cosas fungibles. El acreedor adquiere la propiedad de las cosas depositadas en su poder...”*). Si las partes quisieran constituir una prenda ordinaria sobre dinero o bienes fungibles (ley 468 FN) tendrían que externalizar esta voluntad, mediante un acto de individualización de las cosas<sup>498</sup>. El legislador navarro presume que cuando lo entregado en garantía consiste en dinero o bienes fungibles las partes quieren constituir un depósito en garantía, con las

---

<sup>498</sup> La expresa alusión de la ley 474.I FN a la adquisición de la propiedad hace superflua la discusión sobre si la fuente de la transmisión de la propiedad es la naturaleza de los bienes o la voluntad de las partes. Aún así, a efectos meramente dialécticos, en nuestra opinión, la adquisición de la propiedad no es consecuencia de la simple naturaleza fungible de los bienes entregados sino de la voluntad de los interesados. La opción por el depósito en garantía supone que las partes asumen todas sus características, incluido el efecto traslativo de la propiedad. Las partes escogen utilizar como garantía dinero o bienes fungibles en lugar de cualquier otro bien, y pretenden que en caso de incumplimiento del deudor el acreedor depositario en garantía pueda satisfacer su derecho fácilmente, sin acudir a largos o costosos mecanismos de realización. La adquisición de la propiedad es elemento imprescindible de este tipo de garantía.



consecuencias que ello conlleva en cuanto a la transmisión de la propiedad de las cosas y la forma de realización en caso de incumplimiento<sup>499</sup>.

### 3.7.1.1.- Causa solvendi y causa credendi

Respecto a la causa concreta que justifica la transmisión de la propiedad al acreedor en la prenda irregular, algunos autores sostuvieron que la misma respondía a una *causa solvendi*. De esta forma, la entrega de dinero para garantía de una obligación constituiría un pago anticipado (o una dación en pago anticipada si son bienes distintos al dinero) por parte del deudor, sujeta a la condición resolutoria del cumplimiento de la obligación<sup>500</sup>.

De acuerdo con DALMARTELLO, llegado el momento del vencimiento de la obligación principal, si el deudor incumple, pierde la potestad de realizar la prestación específica y la relación se cristaliza en torno a la *“ya verificada realización de la garantía; y es, precisamente, a este sucesivo fenómeno de consolidación de la relación, mediante la definitiva atribución de la caución, que la práctica ha dado el nombre de apropiación (incameramento) de la caución (con el que se quiere significar no ya la adquisición de la caución, que ya está adquirida, en propiedad, a priori: sino el hecho de que tal adquisición es definitiva y no puede resolverse por ninguna razón y menos por obra del deudor”*. Si por el contrario el deudor paga, el constituyente de la prenda irregular (sea el propio deudor o un tercero) tiene acción personal contra el acreedor garantizado, para exigirle el *tantundem* de lo por él recibido<sup>501</sup>.

---

<sup>499</sup> En el Código Civil es una figura atípica, a pesar de lo cual algunos autores también entienden que cuando se entrega dinero se presume que las partes quisieron constituir una prenda irregular. En Cataluña el artículo 569-12 del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña (Ley 5/2006, de 10 de mayo), prevé que la prenda pueda recaer sobre dinero o valores (además de sobre bienes muebles y derechos de crédito), estableciendo el artículo 569.17.1 que solo si se ha pactado se pueden sustituir todo o parte de los bienes fungibles pignorados. Esto es, en defecto de dicho pacto se trata de una prenda ordinaria. Respecto a la realización de la prenda sobre dinero, el artículo 569-20 establece que *“si la prenda recae sobre dinero o sobre un título representativo de dinero, siempre que sea por una cantidad líquida y exigible, pueden hacerlos suyos, sin necesidad de subasta previa, pero solo hasta el límite del importe del crédito garantizado, con el único requisito de notificarlo fehacientemente a los deudores antes de hacerlo”*.

<sup>500</sup> DALMARTELLO, A. “Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto)”, cit., págs. 334-335 y autores que cita literalmente, como Navarrini y Claps.

<sup>501</sup> *Ibidem*, pág. 338.

A esta orientación se le criticó que el traspaso de la propiedad no puede tener carácter solutorio pues en ese caso la relación principal quedaría extinguida y no habría nada que garantizar<sup>502</sup>; que es dudosamente admisible que el cumplimiento del propio deudor pueda considerarse como condición<sup>503</sup>; y que es incongruente con la regla de la determinación del valor de la prestación en el momento del vencimiento que adopta el artículo 1851 del *Codice Civile*. Si la prenda irregular tuviera una verdadera función solutoria, la valoración de la prestación debiera realizarse en el momento de constituir la prenda irregular, no en el momento del vencimiento de la obligación principal<sup>504</sup>. Lo cierto es que esta posición se considera actualmente superada<sup>505</sup>, y no es predicable tampoco del depósito en garantía en manos del acreedor, por las mismas razones expuestas.

Como alternativa a la teoría de la *causa solvendi*, se propone que la transmisión de la propiedad responde a una *causa credendi*, que implica que lo que persigue el constituyente de la prenda irregular es hacer surgir en el acreedor una obligación de restitución con la cual poder en el futuro compensar convencional o voluntariamente su propio débito<sup>506</sup>. SIMONETTO sostiene que la propiedad de las cosas se transfiere para conseguir la realización de la garantía con el mecanismo de la compensación del crédito

---

<sup>502</sup> SIMONETTO, E. “Sulla natura della cauzione”, cit., págs. 293-295. Dalmartello no fue ajeno a esta crítica, y sostuvo, en defensa de su tesis: “*Es cierto que esta solutio extingue la entera obligación, y se explica, así, con la causa solvendi, el paso de la propiedad, que constituye el primer dato que explica la figura de la prenda irregular. Pero siempre permanece la prestación de una res que era solo in facultate solutionis, no actuación de la prestación específica, a la que tendía el acreedor. Queda, ahora, no tanto un derecho (...) sino un interés apreciable en el acreedor de obtener la prestación específica, antes que la facultativa, dato que si los dos actos son equivalentes, se trata siempre de una equivalencia artificial, que no hace desmerecer la diferencia económica de los dos actos. Tenemos ahora que el Derecho, deja abierta la posibilidad para el deudor de cumplir, por un cierto tiempo, la prestación específica, restituyendo a posteriori, privada de causa, no la prestación sucesiva (como sería y necesariamente debería ser fuera de esta configuración) sino la prestación originaria.*” DALMARTELLO, A. “Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto)”, cit., pág. 337.

<sup>503</sup> El propio Dalmartello admite esta objeción. *Ibidem*, págs. 335-336.

<sup>504</sup> En tal sentido, SIMONETTO, E. “Sulla natura della cauzione”, cit., pág. 295. GATTI, S. “Pegno irregolare e fallimento del debitore”, cit., pág. 4.

<sup>505</sup> VITTORIA, D. “Pegno irregolare”, cit., pág. 2. Aunque Gorla la sostuvo, ya en los años ochenta. GORLA, G., ZANELLI, P. “Del pegno. Delle ipoteche”, cit., pág. 39.

<sup>506</sup> SIMONETTO, E. “Sulla natura della cauzione”, cit., págs. 295-297. REALMONTE, F. “Il pegno”, cit., pág. 648. Señala Vittoria que es la tesis prevalente en la jurisprudencia. VITTORIA, D. “Pegno irregolare”, cit., pág. 2.

de restitución con el crédito garantizado<sup>507</sup>. El nacimiento del crédito restitutorio tiene lugar desde la entrega de los bienes al acreedor garantizado sin que, para el autor, quede sujeto a condición suspensiva o resolutoria alguna, pero sí a un *pactum de non petendo* que se resuelve en el momento de vencimiento del crédito garantizado. No desconoce el autor que sin la existencia de dicho pacto la compensación se produciría en el momento inicial de nacimiento del crédito a la restitución. La presencia de este pacto implícito permite afirmar que si en el momento del vencimiento de la obligación principal esta no es satisfecha, el acreedor garantizado podrá proceder a compensar su importe con la deuda restitutoria que ostenta frente al constituyente de la garantía.

Esta teoría ha sido tachada de artificiosa pues, al entregar el dinero, el deudor en ningún caso tiene intención de constituir un mutuo ni realiza la entrega para que nazca un crédito con el que más tarde poder compensar<sup>508</sup>. Sobre todo, se le ha criticado que no se puede hablar de compensación en sentido propio, puesto que esta presupone la autonomía de las dos relaciones de las que surgen los créditos a compensar, mientras que en este caso estamos en presencia de una única relación con un pacto accesorio. Además surge el problema del momento en el cual se produce la compensación, pues el crédito a la restitución nace en el momento de la entrega del dinero o bienes fungibles, momento en el que se produciría la compensación, por coexistir ya la deuda principal y la deuda de restitución, y sin embargo, no se produce el efecto compensativo en ese momento sino en el de vencimiento de la obligación principal<sup>509</sup>. Por último, la existencia de un *pactum de non petendo* implícito, imprescindible en esta teoría, no tiene justificación ni en la ley ni en la voluntad de las partes<sup>510</sup>.

Estas mismas objeciones son extrapolables al ámbito de la ley 474.I de la Compilación navarra en la que no puede considerarse que la intención de las partes sea crear un crédito para después compensarlo con la obligación

---

<sup>507</sup> SIMONETTO, E. *Los contratos de crédito*, Barcelona, J.M<sup>a</sup> Bosch Editor, 1958, pág. 428 y sig.

<sup>508</sup> ANELLI, F. *L'Alienazione in funzione di garanzia*, cit., págs. 253-254.

<sup>509</sup> GATTI, S. "Pegno irregolare e fallimento del debitore", cit., pág. 5. VITTORIA, D. "Pegno irregolare" cit., pág. 3.

<sup>510</sup> CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág.191.

principal incumplida, ni se justifica la existencia de un *pactum de non petendo*.

### 3.7.1.2.- Causa de garantía

La ley 474 del Fuero Nuevo establece expresamente que el depósito en garantía transmite la propiedad al acreedor y, por tanto, supone justa causa para la transmisión de ese derecho. Sin embargo, no explica la obligación de restitución del acreedor en caso de que el deudor cumpla, ni el mecanismo satisfactivo del depósito en garantía.

Frente a la teoría de la *causa credendi*, existe otra línea de pensamiento que sostiene que la causa de garantía es apta para explicar la transmisión de la propiedad que produce la prenda irregular, aunque posteriormente la argumentación se desarrolla en distintas direcciones.

Por un lado, hay autores que sostienen que la causa de garantía presente en la prenda irregular es idéntica a la que se halla en la prenda regular<sup>511</sup>. Así, según esta tesis una vez llegado el momento de satisfacción de la prenda irregular, no es necesario referirse a la compensación, pues la apropiación definitiva de la suma por parte del acreedor se explica conforme a los principios generales que regulan la prenda regular. Sostienen que, en una prenda ordinaria, cuando el deudor no cumple la obligación principal, el acreedor puede hacer vender los bienes dados en prenda y apropiarse definitivamente de la suma obtenida de su venta. Igualmente en la prenda irregular se produce esta apropiación, aunque no es necesaria la venta por cuanto el acreedor ha adquirido la propiedad de los bienes desde el inicio, y su valoración es fácilmente determinable sin intervención judicial. La consecuencia de esta postura es la consideración de la prenda irregular como un subtipo o variante de la prenda regular, y la aplicación de sus normas.

Esta posición confunde la causa en cuanto función económico-social del negocio y la causa de la atribución de la propiedad. La prenda regular no transmite tal derecho, por lo que difícilmente la causa de la atribución de la propiedad en la prenda irregular va a coincidir con la de la prenda ordinaria. Cuando estos autores aluden a la causa de garantía que comparten ambos negocios se refieren a su función económico-social, a la función de

---

<sup>511</sup> En este sentido, REALMONTE, F. “Il pegno”, cit., págs. 648-649, y GALGANO, F. *Diritto Civile e Commerciale*, cit., pág. 508.

reforzamiento de la posición del acreedor, que sí es común a ambos y, en realidad, es común a todas las formas de garantía. Además esta teoría alcanza la conclusión de que la prenda irregular constituiría una modalidad de prenda regular, opción que ha sido mayoritariamente rechazada<sup>512</sup>.

VITTORIA también parte de la afirmación de que la causa del efecto traslativo del contrato de prenda irregular es la de garantía, y sostiene que es tan apta para ello como la *causa venditionis* o *donationis*. Inmediatamente explica la autora que las partes están predisponiendo con la prenda irregular el resultado de la ejecución coactiva en caso de incumplimiento: “*Hay ciertamente un interés merecedor de tutela en el acuerdo por el que las partes destinan dinero o bienes fungibles a una función de garantía. En efecto el interés de ambas partes es evitar el procedimiento ejecutivo, en la eventualidad del incumplimiento; el acreedor obtiene satisfacción inmediata, pero de otra parte se agrava inevitablemente la posición del deudor, pues su patrimonio soporta ya el daño de la venta forzosa. En la prenda regular el acreedor debe instar la venta según los procedimientos legales, mientras que en la prenda irregular el acreedor ya tiene en sus manos el dinero. (...) agota desde el principio el interés del acreedor en recorrer el itinerario de la ejecución forzosa, estando ya dispuesta por un instrumento contractual*”<sup>513</sup>.

En nuestro país, JORDANO destacó la causa de garantía de la prenda irregular, que es la que determina que la obligación de restitución del *tantundem* por parte del acreedor sea solo eventual, y que el vencimiento de esa obligación eventual se asocie indisolublemente al de la obligación

---

<sup>512</sup> Ya aludido en el epígrafe 3.3.2.

<sup>513</sup> VITTORIA, D. “Pegno irregolare”, cit., págs. 2-3. Desde consideraciones prácticas se adhiere a esta posición GATTI, S. “Pegno irregolare e fallimento del debitore”, cit., pág. 6.

A esta tesis se ha opuesto por Anelli que está considerando únicamente los casos en los que la prenda irregular se constituye sobre dinero y garantiza un crédito también pecuniario. Considera que el acreedor sí puede alcanzar en la ejecución forzosa un resultado mejor que el que obtiene de la apropiación de la prenda, pues cabe que el acreedor embargue forzosamente saldos activos de cuentas corrientes del deudor, mucho más rápido que la realización de una prenda irregular sobre mercaderías. ANELLI, F. *L'Alienazione in funzione di garanzia*, cit., págs. 264-265.

Para que esto fuera cierto en todos los casos, el proceso ejecutivo tendría que tramitarse rápidamente en el tiempo, lo cual no siempre es posible en la práctica, y, por otro lado olvida que los bienes objeto de prenda irregular deben tener una fácil valoración de mercado.

garantizada<sup>514</sup>. La función de garantía es compartida con la prenda regular, pero dicha función se consigue a través de técnicas garantísticas distintas. La causa de garantía de la prenda irregular se revela también en caso de incumplimiento, en que el acreedor no puede dejar de imputar el valor del *tantundem* al de la deuda garantizada ni puede imputarlo a un crédito distinto de aquel para cuya garantía la prenda irregular se constituyó. Para el autor, resulta indudable el carácter automático de la “compensación”, que es efecto de la prenda irregular y que se afirma tanto si se defiende la teoría de la causa *solvendi* como la de la causa *credendi*<sup>515</sup>.

CRUZ comparte que la causa de garantía del contrato de prenda irregular es suficiente para justificar una plena transmisión de propiedad. Con el contrato de prenda irregular se pretende transferir al acreedor garantizado una cierta cantidad de dinero o de bienes fácilmente convertibles en dinero, para garantizar un determinado crédito, de manera que se produzca un aumento de las existencias en el patrimonio de aquel, con el que puedan satisfacerse los intereses del acreedor, en caso de incumplimiento del crédito garantizado<sup>516</sup>.

En efecto, solo la causa de garantía ofrece justificación suficiente para la transmisión de la propiedad al acreedor-depositario en garantía y el correlativo nacimiento de una obligación de restitución en el mismo con carácter meramente eventual. Igualmente, la causa de garantía explica que la obligación de restitución quede vinculada al vencimiento de la obligación principal, sin necesidad de considerar que la citada obligación está sujeta a condición (pues el cumplimiento de la obligación por el deudor no puede considerarse como tal), o la existencia de pactos implícitos para no reclamar antes del vencimiento.

---

<sup>514</sup> Su esfuerzo argumentativo va dirigido a diferenciar la prenda irregular de los otros negocios irregulares y, efectivamente, la causa de garantía presente en la prenda irregular marca la diferencia entre esta, el mutuo y el depósito irregular, puesto que convierte la obligación de restitución del *accipiens* en meramente eventual. JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., pág. 311.

<sup>515</sup> Es consciente de que no se explica que el acreedor garantizado conserve la posibilidad de ir contra otros bienes del patrimonio del deudor, y recoge que no hay unanimidad doctrinal respecto a esta posibilidad. JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., pág. 321

<sup>516</sup> CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág. 195.

### 3.7.2.- El mecanismo satisfactivo del depósito en garantía en manos del acreedor

Los autores que se han ocupado del mecanismo satisfactivo de la prenda irregular han intentado explicarlo de formas diversas, aunque todas acaban enfrentándose al problema de considerarlo como una compensación.

Frente a los que identifican el mecanismo satisfactivo de la prenda irregular con el de su homónimo regular, o los que entienden que suple a la ejecución forzosa, sostiene CRUZ que no cabe hablar ni de apropiación ni de ejecución forzosa del *tantundem*<sup>517</sup>. Como consecuencia de la irregularidad negocial, *“la causa limitada de garantía si bien justifica la plena transmisión de la propiedad de los bienes fungibles, obliga al propio tiempo a limitarla externamente, y es el crédito restitutorio por el equivalente el encargado de desenvolver dicha función limitativa”*. La función desempeñada por las garantías reales obliga, sin embargo, a entrelazar la obligación principal y el crédito restitutorio, mediante un vínculo de accesoriedad, con el negocio principal garantizado, *“de donde tenemos que la garantía habrá de prever un doble mecanismo cuya alternativa será decidida externamente por las vicisitudes del negocio principal”*. Así, para la autora el crédito restitutorio nace solo en caso de extinción o no nacimiento definitivo del crédito garantizado<sup>518</sup>. En caso contrario, si se produce el incumplimiento de la obligación principal el crédito restitutorio no nace porque se entiende que el acreedor garantizado en lugar de restituir puede aplicar ese valor a la

---

<sup>517</sup> *Ibidem*, págs. 235 y sig. No obstante ella misma alude en un momento anterior a que la causa principal de la prenda irregular es el reforzamiento de la posición del acreedor, haciendo innecesario el recurso a la ejecución forzosa.

<sup>518</sup> Cruz, al igual que hubiera hecho Jordano antes que ella, encuadra la prenda irregular en la categoría de contratos irregulares. En ellos, el *tradens* entrega una cantidad de bienes fungibles al *accipiens*, que adquiere su propiedad. Nace un correlativo derecho de crédito sobre el *tantundem* del *tradens* frente al *accipiens* que, en la prenda irregular es eventual, debido a la causa de garantía. Sin embargo, su tesis en cuanto al mecanismo satisfactivo de la prenda irregular se basa en que el crédito restitutorio en la prenda irregular no nace hasta el vencimiento y cumplimiento de la obligación principal.

Soslaya esta incompatibilidad entre la aplicación de la categoría de los negocios irregulares y su opinión sobre la prenda irregular sosteniendo que las causas inspiradoras de los negocios irregulares no son idénticas a las de los negocios regulares, sino que tan solo es una misma utilidad genérica la que comparten, de garantía en este caso. Dicha utilidad genérica *“dista mucho de identificarse con las causas inspiradoras de dichos contratos, o finalidades económico-sociales desempeñadas por los mismos, que serán diferentes en cada uno de ellos”*. *Ibidem*, pág. 137.



satisfacción de sus intereses. Pero como el valor es una entidad con consistencia económica y no jurídica, no hay ninguna atribución satisfactiva a favor del acreedor garantizado. Hay una específica actuación de la responsabilidad derivada del incumplimiento, que solo económicamente puede explicarse como atribución de un valor. De este modo, en su opinión, se superan tanto las teorías de la compensación, como las de la *datio in solutum*.

Este desarrollo ha sido compartido por RAMOS ALVES, quien entiende que *“más que de un mecanismo de satisfacción, la prenda irregular funciona como una actuación específica del deber de indemnizar, en virtud de la responsabilidad por incumplimiento de contrato, hecho que, desde un punto de vista meramente económico, solo puede justificarse por la atribución de un valor. Luego, a partir del momento en que se verifique un daño, tenemos que no se verificará el nacimiento definitivo del crédito restitutorio - en la estricta medida del daño- y, concomitantemente, actuará de forma inmediata la responsabilidad, a través de una “compensación” ideal del daño con el valor del tantumdem. Summo rigore, dado que no estamos ante una verdadera autonomía de los créditos en cuestión, estaremos ante una compensación anómala, que en lo esencial redundará en una mera operación contable”*<sup>519</sup>.

A la posición de CRUZ y RAMOS ALVES puede objetarse que no se ve la manera de sostener que el crédito a la restitución no nazca en el momento de la entrega del dinero y haya que esperar al cumplimiento de la obligación principal. Es contradictorio con la calificación de la prenda irregular como negocio irregular de la que parte la propia CRUZ. Además al final el mecanismo satisfactivo termina siendo una “compensación ideal del valor” o una “reducción”, lo que no evita el problema de la compensación.

RUBINO reconoce que el recurso a la compensación es un expediente que *“en rigor no satisface, porque para admitirlo con exactitud habría que admitir que la deuda de restitución, no vencida aún, vence en el momento del cumplimiento, mientras que es propio de este momento que aquella deuda no puede subsistir, por razones intrínsecas a cualquier compensación. Podríamos hablar, sin embargo, de imputación; pero no está muy claro a qué*

---

<sup>519</sup> RAMOS ALVES *Do penhor*, cit., págs. 212-215. No obstante, para el autor la prenda irregular es una modalidad de prenda, conclusión derivada de su inclusión como negocio irregular.



se refiere este concepto, y su distinción con la compensación”<sup>520</sup>. Para eludir los problemas que presenta el recurso a la compensación otros autores han recurrido a la existencia de una compensación legal<sup>521</sup>, a una compensación convencional o reglada<sup>522</sup>.

La jurisprudencia italiana ha excluido que exista compensación en sentido técnico, porque esta presupone la autonomía de los dos negocios contrapuestos entre las partes, y se ha decantado por afirmar que, existiendo homogeneidad entre el objeto de la prenda irregular y el del crédito garantizado “*la extinción del propio crédito es efecto de una operación meramente contable, que queda fuera, por tanto, del ámbito de operatividad del instituto de la compensación*” (Sentencia de la Corte de Casación de 10 de febrero de 2015<sup>523</sup>).

Tras examinar las teorías que han tratado de explicar la prenda irregular, ANELLI concluye que la constitución de la prenda irregular influye sobre la acción ejecutiva, no en el sentido de que prive al acreedor del interés en promoverla, sino porque produce el efecto común a todas las garantías reales, o sea, programa una particular modalidad de satisfacción coactiva y por tanto limita el poder de agresión del patrimonio del deudor. El negocio responde a una función solutoria, que se realiza mediante la estabilización de la adquisición de los bienes entregados al acreedor, en el límite necesario para extinguir el crédito: pero tal efecto extintivo de la deuda garantizada se propone para el momento del vencimiento de este y no como consecuencia de la inmediata entrega de los bienes, acto que produce una situación de titularidad de la propiedad en función de garantía<sup>524</sup>.

Como se ha expuesto más arriba, la causa de la transmisión de la propiedad en el depósito en garantía es precisamente una causa de garantía,

---

<sup>520</sup> RUBINO, D. “Il pegno”, cit., págs. 218-219.

<sup>521</sup> MOLLE, G. “I contratti bancari”, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da CICU, A., MESSINEO, F. Volumen XXXV T. 1, 4ª edizione, Milano, Giuffrè Editore, 1981, pág. 364.

<sup>522</sup> Convencional porque actúa subordinada a la realización de ciertas circunstancias indicadas en la convención. SIMONETTO, E. *Los contratos de crédito*, cit., pág. 432. No justifica el autor a qué se refiere exactamente con “compensación reglada”.

<sup>523</sup> Publicada con nota de Tarantino en *Diritto & Giustizia* 2015, 11 febbraio. Esta afirmación de que no existe compensación sino una mera comprobación contable se sostuvo ya desde la Sentencia de 24 de enero de 1997. Foro Italiano I, pág. 752 y sig.

<sup>524</sup> ANELLI, F. *L'Alienazione in funzione di garanzia*, cit., págs. 265-267.

que el Fuero Nuevo considera apta para transmitir la propiedad. La variedad de teorías sobre el mecanismo satisfactivo de la prenda irregular es tal que se pierde de vista que todas desembocan en una misma conclusión: en caso de incumplimiento de la obligación principal por el deudor el valor de lo entregado en garantía se compensa, imputa, reduce o como se quiera expresar, con el importe de la obligación garantizada y esta se extingue, por lo que el depósito en garantía, o la prenda irregular, tienen función solutoria, como reconoce ANELLI.

Este efecto extintivo no es exclusivo del depósito en garantía. Se produce también en el negocio fiduciario en garantía, en el que, tras el incumplimiento de la obligación principal y la práctica de los requerimientos necesarios al deudor (ley 466 FN) se consolida la adquisición de la propiedad por el acreedor fiduciario<sup>525</sup>. La causa de garantía justifica la transmisión de la propiedad y no se plantea la naturaleza del mecanismo satisfactivo en la fiducia *cum creditore*: se consolida la propiedad y la obligación garantizada se extingue. La fiducia en garantía, al igual que el depósito en garantía, acaba produciendo efecto solutorio<sup>526</sup>.

JORDANO intuyó este efecto y afirmó que la importancia de la función de garantía en la prenda irregular determina sus características, tanto en la fase de seguridad de la garantía como en su fase de realización, siendo la “compensación”, que califica de “impropia”, automática, y ello conduce al carácter “eventualmente solutorio” de la prenda irregular<sup>527</sup>. También observa JORDANO que este carácter eventualmente solutorio y en todo caso transmisivo de la propiedad de las cosas entregadas, hace perder sentido a todo privilegio por parte del acreedor garantizado y por ello no le resultaría aplicable el artículo 1865 del Código Civil, lo que demuestra la perfecta comprensión del funcionamiento de la garantía en cuestión.

En definitiva, ciertas garantías reales en caso de incumplimiento por el deudor terminan por producir un efecto extintivo de la obligación

---

<sup>525</sup> Estos requerimientos no serían necesarios en el ámbito del Derecho común, salvo que lo hubieran convenido las partes.

<sup>526</sup> Ciertamente que en el caso de la fiducia en garantía el fiduciario ostenta solo una propiedad fiduciaria, y que el fiduciante conserva una propiedad material sobre la cosa, y que en el momento de “apropiación definitiva” dicha propiedad se consolida en manos del fiduciario, mientras que en el depósito en garantía se transmite una propiedad plena y sin limitaciones. Esta diferente titularidad tiene incidencia en la fase de seguridad de la garantía y en la obligación de restitución del acreedor, pero no en el momento de satisfacción de la garantía.

<sup>527</sup> JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., págs. 322 y sig.

garantizada, que se alcanza mediante diferentes procedimientos<sup>528</sup>. En el caso del depósito en garantía este procedimiento se simplifica al máximo, hasta el punto de que no se requiere ninguna actuación por parte del acreedor, ni siquiera el requerimiento al deudor. Solo en este sentido puede afirmarse que el depósito en garantía tiene función solutoria. Desde luego la entrega no supone un pago anticipado ni un pago condicionado, por las razones ya aludidas.

Conforme ha sostenido ANELLI, hay que tener presente que la propiedad se transfiere para garantía de una obligación, y que el depósito en garantía es accesorio respecto a esta obligación principal garantizada. Con la entrega del dinero o bienes fungibles al acreedor se le transfiere su propiedad, pero la causa de garantía hace que el efecto extintivo de la obligación garantizada no pueda producirse en el momento inicial sino en el momento de vencimiento de la obligación principal. De la misma forma, en la fiducia en garantía o en la prenda el acreedor garantizado ha de esperar al vencimiento e incumplimiento de la obligación principal para poner en marcha el mecanismo que le permitirá obtener la satisfacción de su crédito y producirá la extinción del mismo.

El depósito en garantía en manos del acreedor supone adelantar la satisfacción coactiva para el acreedor, que es lo que pretenden en última instancia todas las garantías reales. Es cierto que el recurso al término “compensación” no es técnicamente correcto, porque no se dan los requisitos necesarios de este modo de extinción de las obligaciones<sup>529</sup>, pero tampoco es adecuada la expresión “imputación”, que propusiera RUBINO, pues en el Código Civil español se emplea por los artículos 1172 a 1174 para determinar a qué deuda se aplica un pago cuando existieran varias deudas entre el mismo

---

<sup>528</sup> También los derechos reales de garantía desembocan en la extinción de la obligación garantizada, solo que requieren de un procedimiento de venta y el efecto solutorio se retrasa en el tiempo mucho más que en el depósito en garantía o en la fiducia en garantía. En el caso italiano y portugués se admite incluso la adjudicación judicial de la cosa al acreedor (arts. 2798 *Codice Civile*, art. 675 del Código Civil portugués. No obstante, este segundo exige que las partes hayan acordado esta posibilidad y que el valor de la cosa lo fije el tribunal).

<sup>529</sup> La ley 498 del Fuero Nuevo se limita a mencionar la compensación como modo de extinción de la obligación. Se aplica, en cuanto a los requisitos para que se produzca la compensación, el régimen previsto en el Código Civil. EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. “Comentario a las leyes 488-498”, en la obra colectiva dirigida por RUBIO TORRANO, E. *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, pág. 1689.

deudor y acreedor. En su sentido coloquial o amplio, la expresión “compensación” sí describe muy bien la operación contable en la que se traduce, en última instancia, la realización del depósito en garantía, y hay que reconocer que el uso del término “compensación” ejerce una fuerte *vis atractiva*<sup>530</sup>.

Cuestión importante relacionada con el mecanismo satisfactivo del depósito en garantía es la de la obligación del acreedor de devolver al depositante el exceso de valor entre el dinero o los bienes fungibles entregados en garantía y el valor de la obligación garantizada, a la que no alude la ley 474 de la Compilación (a diferencia del art. 1851 del *Codice Civile*). A pesar de este silencio, se concluyó anteriormente que los principios de adecuada valoración del bien y obligación de restituir el eventual exceso del objeto sobre el que recae la garantía eran consustanciales a todas las garantías reales de la Compilación, y que solo en aquellos supuestos en que expresamente el legislador permite el pacto comisorio pueden contravenirse estos principios. La ley 474.I del Fuero Nuevo no autoriza al depositario en garantía a apropiarse del exceso, que tendrá que restituir en todo caso al constituyente de la garantía, por lo que no se conculcan los principios que inspiran la prohibición del pacto comisorio. Esta circunstancia fue señalada como una de las diferencias entre la garantía fiduciaria (ley 466 FN) y el depósito en garantía (ley 474 FN). Lo cierto es que la posibilidad de que el acreedor se apropie del exceso no se plantea de ninguna manera para la prenda irregular<sup>531</sup>, pues ello haría desaparecer su finalidad de garantía trasladándola al ámbito indemnizatorio o incluso sancionatorio para el deudor.

---

<sup>530</sup> La utiliza incluso el legislador, al regular la forma de ejecución de las garantías financieras sobre efectivo o sobre créditos (art. 11.1.2 RD Ley 5/2005).

Consideramos que no hay mayor obstáculo a la utilización de la palabra “compensación”, siempre siendo conscientes de que no existe una compensación en sentido estricto, sino que se alude al mecanismo satisfactivo del depósito en garantía (prenda irregular).

<sup>531</sup> CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 160-161. JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., págs. 314-315. VIÑAS MEY, J. “La prenda irregular” cit., pág. 349. y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. *Curso de Derecho Civil. I*, cit., pág. 235.

Entre la doctrina italiana: DALMARTELLO, A. “Pegno irregolare” cit., pág. 803. VITTORIA, D. “Pegno irregolare”, cit., pág. 5. BIANCA, C. M. *Diritto civile, VII*, cit., pág. 169. ANELLI, F. *L'Alienazione in funzione di garanzia*, cit., pág. 268. Pone de manifiesto el autor que la prenda irregular tiene en común con la convención comisorio el mecanismo de actuación directa del crédito, en vía de autotutela,

En Francia: SIMLER, PH., DELEBECQUE, PH. *Droit Civil. Les sûretés*, cit., pág. 481. LEGEAIS, D. “Le gage-espèces après la réforme des sûretés”, cit., pág. 72.

Cuando se superan las dificultades dogmáticas que plantea el depósito en garantía en manos del acreedor (prenda irregular de acuerdo con la denominación más extendida en otros ordenamientos), lo cierto es que, frente a otras formas de garantía, aquel presenta la ventaja de suponer una simplificación máxima de los procedimientos de realización de la garantía, sin costes, sin conflictos en cuanto a la tasación del valor del objeto sobre el que recae la garantía ni riesgo de abuso en perjuicio del deudor, lo que lo hace indudablemente atractivo para el tráfico jurídico.

## 4.- Régimen jurídico del depósito en garantía en manos del acreedor

### 4.1.- Fuentes del depósito en garantía

De acuerdo con la ley 465 del Fuero Nuevo, las garantías pueden constituirse no solo por contrato, aunque sea el supuesto más habitual, sino también por estipulación, disposición *mortis causa* o en virtud de una ley.

En primer lugar, en ocasiones es la ley la que impone al deudor la constitución de un depósito en garantía del cumplimiento de una obligación principal, con independencia del nombre que se le asigne, que puede ser también el de “fianza”<sup>532</sup>. Se trata sin duda de supuestos que presentan el mismo mecanismo que el depósito en garantía de la ley 474.I del Fuero Nuevo, aunque su objeto se circunscriba a dinero y no a otros bienes fungibles: existe una obligación principal para cuyo aseguramiento se entrega por el deudor una cantidad de dinero, que deberá restituirse en caso de

---

En Portugal: RAMOS ALVES. *Do penhor*, cit., pág. 215 y sig.

<sup>532</sup> En las notas 1 a 3 se especificaron algunas de estas disposiciones legales.

El frecuente caso de la “fianza” que debe prestar el arrendatario según la Ley de Arrendamientos Urbanos se ha calificado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como un supuesto de prenda irregular. Entre los autores, por ejemplo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales*, cit., pág. 67.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2003 estableció que la fianza no es más que una garantía del cumplimiento de las obligaciones del arrendatario semejante a la prenda irregular. Véase epígrafe 4.7.3.

cumplimiento de la obligación garantizada, o que se imputará al cumplimiento de la obligación principal en caso contrario.

En estos casos de depósito en garantía de origen legal, será la propia disposición la que establezca el régimen aplicable y el margen otorgado a la libertad de pacto de las partes<sup>533</sup>.

En segundo lugar, que el depósito en garantía pueda constituirse mediante disposición *mortis causa*, por más que sea un supuesto altamente improbable, ha de considerarse admisible<sup>534</sup>.

Por último, queda la posibilidad de constituir el depósito en garantía por medio de estipulación. Ya se expuso al tratar el contrato en interés de tercero que por estipulación entiende el Fuero Nuevo el acuerdo entre dos partes del que se derivan obligaciones para una sola de ellas<sup>535</sup>. Nada obsta a que el depósito en garantía se califique como estipulación, pues, como se examinará más adelante, será unilateral cuando sea gratuito, bien se entregue a manos del acreedor o a manos del tercero.

No obstante, la forma más habitual para la constitución del depósito en garantía será a través de un contrato, supuesto que centrará la atención de los epígrafes siguientes.

## 4.2.- Caracteres y régimen jurídico del depósito en garantía en manos del acreedor

El depósito en garantía en manos del acreedor constituye una garantía real cuya finalidad o causa objetiva es conseguir el reforzamiento de la posición del acreedor en cuanto a la satisfacción de la obligación principal<sup>536</sup>.

---

<sup>533</sup> Por ejemplo el artículo 36 de la LAU permite pactar la actualización de la renta una vez transcurridos los tres primeros años de contrato, o la forma en la que se producirá la restitución de la fianza. Otros aspectos como la cuantía o la obligación misma de otorgar fianza tienen carácter imperativo para las partes.

<sup>534</sup> Puede que por ello Doral aluda únicamente a la constitución del depósito en garantía por contrato y por disposición legal. DORAL GARCÍA, J.A. “Comentarios a las leyes 463-474”, cit., págs. 932-933.

<sup>535</sup> Respecto a la estipulación, nos remitimos a la nota 95.

<sup>536</sup> Sobre la causa de garantía de la figura de la ley 474 FN: OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1596. SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., págs. 408-409. DORAL GARCÍA, J.A. “Comentarios a las leyes 463-474”, cit., pág. 932 y 935. PARDINAS SANZ, J.R. “Comentario a la ley 546-554”, cit., págs. 205-206.

Este reforzamiento se consigue a través de la transmisión de la propiedad al acreedor, y estableciendo que solo tendrá que restituir en caso de que el deudor cumpla la obligación principal (“*El acreedor adquiere la propiedad de las cosas depositadas en su poder con obligación de restituirlas al depositante, si procediere,...*”). En caso de incumplimiento por el deudor, el acreedor-depositario en garantía no tendrá que restituir y compensará el valor de lo recibido en garantía con el importe de la obligación garantizada. El acreedor se asegura así la satisfacción de su crédito<sup>537</sup>. Constituye lo que se definió anteriormente como un contrato de garantía<sup>538</sup>.

La causa de garantía permite a su vez diferenciar el depósito en garantía en manos del acreedor de otras figuras con las que comparte el efecto traslativo de la propiedad, señaladamente del mutuo (ley 532 FN) y del depósito irregular (ley 554 FN)<sup>539</sup> que desempeñan, respectivamente, una función de otorgamiento de crédito al mutuuario y en su interés, y una función de guarda en interés del depositante. Frente a ellas, el depósito en garantía se celebra en interés del acreedor, y la obligación de restitución de este no es cierta sino meramente eventual.

Como garantía real, el depósito en garantía tiene carácter accesorio respecto a otra obligación principal (leyes 463 FN y 474 FN). Se alude, así, a la accesoriedad funcional para designar que la garantía no se concibe sin el presupuesto de una obligación para cuya seguridad nace<sup>540</sup>. La consecuencia

---

<sup>537</sup> En caso de que la obligación garantizada sea pecuniaria y se haya entregado dinero, el acreedor sabe, desde que se constituye la garantía, en qué medida se verá satisfecho su crédito en caso de que el deudor incumpla. Si la obligación garantizada no es pecuniaria, o se entregan otros bienes fungibles distintos al dinero, no es tan sencillo calcular en qué medida la garantía cubre el valor de la obligación garantizada.

<sup>538</sup> Nos remitimos al epígrafe 1 de este mismo Capítulo. Como allí se indicó, la causa de la obligación en el depósito en garantía la constituirá la presencia o no de correspectivo, y de si el constituyente es el deudor o un tercero.

<sup>539</sup> OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1596. SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., págs. 408-409.

<sup>540</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., pág. 443. Cruz añade que a esta ligazón funcional se añade una ligazón estructural que implica que el contenido obligacional del contrato de prenda irregular varía según se vaya desarrollando la relación garantizada. Desde su posición, la obligación de restitución en la prenda irregular nace en el momento de vencimiento de la obligación garantizada y solo si se produce el cumplimiento por el deudor, produciéndose así la variación del contenido obligacional en la prenda irregular al que aludía la autora. CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 172-173. Esta tesis fue rechazada en su momento



de esta ligazón es que las vicisitudes que afecten a la obligación principal se proyectarán sobre la garantía<sup>541</sup>.

Cuando el depósito en garantía se constituye mediante contrato, se trata de un contrato no formal, real, y unilateral o bilateral.

El depósito en garantía es un contrato no formal, lo cual es acorde con lo dispuesto en general por la ley 18 del Fuero Nuevo, que proclama la validez de la declaración de voluntad “*expresada en cualquier forma*”<sup>542</sup>. Solo deberá cumplirse con una forma determinada cuando así lo exija la Compilación, que no es el caso del depósito en garantía, o cuando se haya convenido expresamente o se trate de un acto que usualmente revista una forma determinada, en cuyo caso se presume *iuris tantum* que las partes han querido esa forma. En este sentido, podría plantearse que en determinados ámbitos, como el notarial, es usual plasmar el contrato de depósito en un acta, o al menos por escrito, pudiendo presumirse que las partes han querido esa forma. Esta presunción por supuesto es susceptible de prueba en contrario.

---

pues se considera que la obligación de restitución nace en el momento mismo de la entrega del dinero o bienes fungibles.

<sup>541</sup> En principio, se ha de diferenciar entre accesoriedad y *collegamento* negocial, que supone una vinculación entre dos negocios de otra forma independientes. Esta vinculación negocial se juzga presente en los casos en los que el depósito se liga a otro negocio para conseguir una función de garantía, según las tesis sobre el depósito en función de garantía que sostuvieron Nicolò o Bigiavi, entre otros.

No obstante, los contornos de este *collegamento* negocial no son del todo claros. Señala Bounocore que a pesar de que se han ocupado del mismo ilustres juristas, y de que aparentemente existe coincidencia sobre la categoría dogmática, en realidad hay muchas variantes y se ha utilizado para resolver problemas muy distintos, lo que ha supuesto la ampliación de la categoría y el empobrecimiento del concepto. Por ejemplo, se ha aplicado para explicar fenómenos tan distintos como el subcontrato, el negocio indirecto, los negocios fiduciarios, los pactos sucesorios, las convenciones matrimoniales, el depósito en función de garantía, el *leasing* y un largo etcétera. BOUNOCORE, V. “Contratti d’impresa e collegamento negocial”, en la obra colectiva *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Quaderni dela Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, págs. 11-12.

Giussani trata de diferenciar accesoriedad y *collegamento* subrayando que cuando existe un vínculo del primer tipo, el nexo entre el negocio principal y la garantía es un elemento natural del negocio y no accidental, ni fruto de la voluntad de las partes, mientras que en los negocios coligados son estas las que quieren que uno o más negocios estén económica o teleológicamente conexos. GIUSSANI, A. “Collegamento negocial ed effetti del giudicato”, en la obra colectiva *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Quaderni dela Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, págs. 113-114.

<sup>542</sup> Al respecto, RUBIO TORRANO, E. “Comentario a las leyes 1-25”, cit., págs. 53-55.



Cuestión distinta a la forma de perfección del contrato es la de su oponibilidad frente a terceros. En el depósito en garantía la oponibilidad frente a terceros se logra mediante el traspaso de la propiedad del dinero o bienes fungibles, con su entrega, sin que sea exigible tampoco ningún otro requisito. En caso de concurrencia con otros acreedores, el acreedor garantizado goza de exclusividad, con lo que la constancia por escrito será únicamente un medio de prueba de la efectiva constitución de la garantía, y de su fecha.

Del tenor literal de la ley 474.I del Fuero Nuevo se desprende que el contrato de depósito en garantía tiene carácter real, requiere de la entrega del dinero o bienes fungibles para que exista el contrato<sup>543</sup>.

En principio, se señala que el contrato es unilateral, pues surge una única obligación a cargo del acreedor depositario en garantía: la de restituir el dinero o bienes fungibles en caso de cumplimiento del deudor depositante<sup>544</sup>. No obstante, hay que plantear la posibilidad de que el depositante en garantía perciba una remuneración, en cuyo caso se

---

<sup>543</sup> SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, cit., pág. 408. Para la prenda irregular: DALMARTELLO, A. “Pegno irregolare” cit., pág. 804. CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 170-171. Alude la autora a que “*si con el contrato se pretende el establecimiento de la relación de prenda irregular, bien puede sostenerse que el mismo se perfeccione por medio del simple consentimiento*”, con independencia de que la obligación restitutoria necesite de la previa atribución de las cosas al acreedor. Parece diferenciar el momento de nacimiento del contrato de prenda irregular, que se perfecciona con el acuerdo de las partes, del nacimiento de la garantía real, y seguramente está relacionado con la posibilidad de constituir la prenda irregular mediante *traditio brevi manu*, cuya viabilidad acepta. Sin embargo, el efecto transmisivo de la propiedad que produce la prenda irregular exige, como establece la ley 474 del Fuero Nuevo, la entrega del dinero o las cosas fungibles al acreedor, sin la cual no existirá garantía real. El mero acuerdo podría considerarse simplemente como una fase previa al contrato o una promesa de contrato. Aun tratándose de garantías distintas, la posibilidad de que el contrato de prenda ordinaria se considere consensual ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria, que atribuye al contrato carácter real. Por todos, GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., págs. 486-487. En Navarra, OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1576.

<sup>544</sup> CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág. 171.

considerará bilateral<sup>545</sup>. La retribución del deudor es uno de los pactos que se pueden añadir al contrato de depósito en garantía.

En cuanto al carácter civil o mercantil del depósito en garantía, se ha de tener presente que la legislación mercantil es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6ª CE). El conflicto entre la extensión del Derecho privado navarro y su relación con el Derecho mercantil no puede, obviamente, ser tratado aquí, pero sí pueden efectuarse una serie de reflexiones desde el punto de vista práctico, y en lo que se refiere exclusivamente al depósito en garantía.

El Código de Comercio no regula el depósito en garantía o prenda irregular, pero tampoco existe una regulación mercantil general de las garantías reales<sup>546</sup>, por lo que aunque se pueda plantear la mercantilidad de una garantía real, la consecuencia práctica ante la ausencia de una regulación mercantil específica, es la aplicación de las disposiciones civiles, contenidas en el Fuero Nuevo, en el Código Civil, o en otras leyes especiales, como la Ley Hipotecaria o la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, también de aplicación en Navarra (ley 464 FN). Lo cierto es que no se plantea, en la práctica, el posible carácter mercantil de la prenda irregular, como tampoco se plantea la cuestión respecto a la prenda ordinaria, la prenda de créditos o la fiducia *cum creditore*<sup>547</sup>.

---

<sup>545</sup> Admitido por Guilarte para la prenda ordinaria, y para las garantías en general, aunque es consciente que será más frecuente la naturaleza onerosa del contrato cuando el constituyente de la prenda sea un tercero ajeno a la obligación, al que se le fija por ello una remuneración. GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., pág. 487. Véase también epígrafe 4.4, especialmente notas 569 y 570.

Será más frecuente el carácter retribuido, además de cuando el constituyente sea un tercero, en los supuestos en los que el depósito en garantía se constituya en manos de un tercero.

<sup>546</sup> El Código de Comercio prevé únicamente el préstamo con garantía de valores (arts. 320 y sig. CCom), y dentro de las garantías personales la fianza mercantil (arts. 439-442 CCom). Otras normas especiales prevén garantías como la prenda de participaciones sociales (Real Decreto Legislativo 1564/1989 de Ley de Sociedades Anónimas). El Anteproyecto de Código de Comercio tampoco contiene un régimen general dedicado a las garantías reales.

<sup>547</sup> Se plantea la mercantilidad de la prenda (como prototipo de garantía real sobre muebles) cuando garantice obligaciones mercantiles (por aplicación del criterio seguido para la fianza en el artículo 439 CCom), o cuando tenga por objeto cosas mercantiles, bienes u otros objetos conectados funcionalmente con el tráfico mercantil. FERNÁNDEZ PÉREZ, N. “Contratos de garantía”, en la obra colectiva dirigida por GALLEGO SÁNCHEZ, E. *Contratación mercantil*, V. I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, págs. 799-800. A pesar de lo cual a esta prenda calificada como mercantil se le aplicará el Derecho común. En el mismo sentido, CORTÉS, L.J. “Garantías personales y reales”, en el vol. col. dirigido por URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Curso de derecho mercantil*, 2ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2007, pág. 700.

Sí se ha de tener presente, no obstante, la presencia del régimen previsto por el Real Decreto-Ley 5/2005 para las garantías financieras, dictado en transposición de la Directiva 2002/47 del Parlamento Europeo y del Consejo, y en ejercicio de la competencia del Estado en materia de legislación mercantil y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (arts. 149.1.6ª y 13ª CE). El sistema de garantías allí diseñado, además, constituye un régimen especial respecto del Derecho común a los efectos previstos en la disposición adicional segunda de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (DA 1ª RDL 5/2005), es decir, no les resulta aplicable lo dispuesto en la Ley Concursal sino su propia norma. En atención a su especialidad y título competencial, cuando se cumplan los requisitos para la aplicación del régimen especial de las garantías financieras estas quedarán regidas por el Real Decreto-Ley 5/2005 y no por el Fuero Nuevo<sup>548</sup>.

---

<sup>548</sup> La aplicación del régimen de las garantías financieras está sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos relacionados con los sujetos, el objeto gravado y la obligación garantizada. Véase LYCZKOWSKA, K. *Garantías financieras*, cit., págs. 46 y sig.

En cuanto a los sujetos, basta con que uno de ellos (art. 4.2 RDL 5/2005) reúna la condición enumerada en el artículo 4.1, si el otro contratante es una persona jurídica. Excepcionalmente pueden constituirse con una persona física los acuerdos de compensación contractual (art. 4.3) o las garantías financieras si la otra parte es un organismo incluido en el apartado d).

Los sujetos enumerados por el artículo 4.1 (modificado por Ley 11/2015 de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión) son:

a) *Entidades públicas.*

b) *El Banco Central Europeo, el Banco de España, los bancos centrales de los Estados miembros de la Unión Europea, los bancos centrales de terceros Estados, el Banco de Pagos Internacionales, los bancos multilaterales de desarrollo, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Europeo de Inversiones.*

c) *Las entidades de crédito; las empresas de servicios de inversión; las entidades aseguradoras; las instituciones de inversión colectiva en valores mobiliarios y sus sociedades gestoras; los fondos de titulización hipotecaria, los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización; los fondos de pensiones, y otras entidades financieras, según se definen en el apartado 5 del artículo 4 de la Directiva 2006/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio.*

d) *Los organismos rectores de los mercados secundarios oficiales o de los sistemas multilaterales de negociación y las sociedades que gestionan sistemas de compensación, liquidación y registro de valores e instrumentos financieros, así como a las entidades de contrapartida central, agentes de liquidación o cámaras de compensación a que se refiere la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, y las entidades similares que actúen en los mercados de opciones, futuros y derivados, así como los miembros y entidades participantes de todas las anteriores infraestructuras cuando actúen en su condición de tales.*

El régimen jurídico aplicable al depósito en garantía en manos del acreedor será el previsto en la propia ley 474.I del Fuero Nuevo y lo pactado entre las partes (“... conforme a lo establecido en el contrato”).

El alcance de estos posibles pactos se encuentra en primer lugar restringido por los límites comunes al principio *paramiento fuero vienze* (ley 7 FN)<sup>549</sup> y la propia estructura del depósito en garantía, que está perfectamente definida por la ley 474 del Fuero Nuevo: para garantía de una obligación se entrega al acreedor o a un tercero una cantidad de dinero o bienes fungibles, con adquisición de la propiedad por su parte y obligación de restituir, solo si procediere, esto es, en la eventualidad de que el deudor cumpla.

Los contratantes no pueden modificar estos elementos sin que el pacto en cuestión salga del ámbito de la citada ley. Si se entrega dinero o bienes fungibles sin adquisición de la propiedad por el *accipiens* se habrá constituido una prenda regular (ley 468 FN). Si el objeto cuya propiedad se entrega en garantía es una cosa específica la garantía revestirá la forma de fiducia en garantía (ley 466 FN). En fin, si no existe obligación garantizada se estará, a lo sumo, ante un contrato de depósito irregular.

Fuera de estos elementos esenciales que definen la figura, las partes pueden prever aspectos concretos como son la forma del contrato, el lugar o circunstancias de la restitución por el acreedor, el destino de los intereses devengados por el dinero depositado, etc.

Para resolver todas aquellas cuestiones no reguladas por la ley 474 del Fuero Nuevo ni previstas por las partes habrá de acudir a las notas comunes

---

La obligación garantizada debe ser una obligación financiera (art. 6 RDL 5/2005). Sobre los problemas de la transposición de este concepto, puede consultarse LYCZKOWSKA, K. *Garantías financieras*, cit., págs. 55 y sig.

Por último, el objeto de la garantía financiera puede ser (art. 7 RDL): efectivo, entendido como dinero abonado en cuenta en cualquier divisa; valores negociables y otros instrumentos financieros y derechos de crédito, entendiéndose por tales los derechos pecuniarios derivados de un acuerdo en virtud del cual una entidad de crédito otorga un crédito en forma de contrato de préstamo o de crédito.

El Real Decreto Ley 5/2005 admite dos modalidades de constitución de la garantía financiera: prenda, o transmisión de la propiedad del activo en garantía y además permite al acreedor la apropiación del objeto de la garantía (art. 11 RDL 5/2005).

<sup>549</sup> Ya fueron objeto de análisis en el epígrafe 3.2 de este Capítulo.

a las garantías reales, que en realidad aportan poco al régimen del depósito en garantía. Subsidiariamente, se recurrirá a las normas del mutuo en cuanto a los efectos referidos a la transmisión de la propiedad, y a las normas sobre la prenda regular para el resto de cuestiones<sup>550</sup>.

### 4.3.- Elementos del depósito en garantía

#### 4.3.1.- Sujetos en el depósito en garantía

Son parte en el depósito en garantía, por un lado, el constituyente o depositante en garantía, que puede ser bien el deudor de la obligación principal, bien un tercero ajeno a dicha obligación que garantice una obligación de otro mediante una entrega de dinero o bienes fungibles<sup>551</sup>. A su vez el depositario en garantía puede ser el propio acreedor o un tercero, situación que se estudiará en el Capítulo siguiente.

Todos los sujetos han de tener capacidad para obligarse, puesto que la constitución de la garantía y también la eventual restitución del dinero por parte del depositario suponen actos de disposición<sup>552</sup>.

Un problema particular es la posibilidad de constituir un depósito en garantía en manos del acreedor cuando este es una entidad bancaria. Cuando el deudor entrega a su acreedor una cantidad de dinero en garantía y este resulta ser un banco, lo recibirá en forma de depósito, probablemente de

---

<sup>550</sup> Esta es la solución propuesta por CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág. 178. RUBINO, D. “Il pegno”, cit., pág. 217. SIMONETTO, E. *Los contratos de crédito*, cit., pág. 435. REALMONTE, F. “Il pegno”, cit., pág. 646.

Nótese que estos autores han sostenido posturas muy diferentes sobre la naturaleza de la prenda irregular, si bien acaban coincidiendo en el régimen aplicable.

<sup>551</sup> Admite esta posibilidad OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1597. También en el Derecho común JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., pág. 313. CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 196-197.

Sobre las posiciones doctrinales que se han defendido en torno a la naturaleza jurídica de la garantía real prestada por tercero, véase MORENO QUESADA, L. *Las garantías reales y su constitución por tercero*, cit., págs. 84 y sig.

<sup>552</sup> En general, exige capacidad de obrar para constituir cualquier garantía real SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales...”, pág. 405.

imposición a plazo fijo<sup>553</sup>, cuyo vencimiento se hará coincidir con el vencimiento de la obligación principal. La doctrina mayoritaria aprecia que existe una prenda de créditos, al entender que la transmisión de la propiedad sobre el dinero al acreedor se produce por el depósito bancario. Sin embargo, ya se ha indicado que, en nuestro criterio, cuando la formalización del depósito sea simultánea a la de la constitución de la garantía, de forma que sea absolutamente claro que el depósito obedece a la finalidad de garantizar una obligación entre el depositante y el depositario, cuando el vencimiento del depósito coincida con el de la obligación principal, y el depositante no tenga la posibilidad de disponer de los fondos durante la pendencia de la obligación principal, la figura constituye un depósito en garantía (ley 474.I FN) y no una prenda de créditos<sup>554</sup>.

### 4.3.2.- El objeto

#### 4.3.2.1.- La obligación garantizada

Para la existencia de un depósito en garantía se requiere de una obligación principal, para cuya seguridad se constituye precisamente. De no existir dicha obligación garantizada, la entrega de dinero podrá ser válida y admisible, pero no se habrá constituido un depósito en garantía sino una figura de diferente naturaleza jurídica (préstamo, depósito irregular...).

La ley 463 no distingue qué tipo de obligaciones pueden asegurarse con garantía real o personal, ni tampoco lo hace la ley 474 del Fuero Nuevo. Por ello se entiende que no existen restricciones en cuanto a las posibles obligaciones a garantizar.

En primer lugar, puede garantizarse el cumplimiento de obligaciones pecuniarias (por ejemplo, del pago del precio por el vendedor, del pago de la renta de un arrendamiento), pero también de obligaciones de hacer o no hacer (obligación del vendedor de cancelar una carga hipotecaria, obligación de devolver el objeto del *leasing* en perfecto estado si no se ejercita la opción de compra, obligación del constructor de ejecutar una obra en perfectas condiciones, etc.). Lógicamente si se trata de una obligación no pecuniaria y

---

<sup>553</sup> Se ha señalado su idoneidad como objeto de garantía por TAPIA HERMIDA, A. J. “Pignoración de saldos de depósitos bancarios...”, cit., pág. 898.

<sup>554</sup> Ya tratado en el epígrafe 3.4.2. La posibilidad de utilizar como garantía un depósito previamente constituido se analizará en el epígrafe 4.3.2.2, relativo al objeto del depósito en garantía.

el deudor no realiza voluntariamente la prestación será imposible su cumplimiento forzoso, por lo que realmente lo que se asegura es la responsabilidad por el incumplimiento<sup>555</sup>.

El hecho de que la obligación principal no sea dineraria tendrá repercusión en la fase de realización de la garantía pues el incumplimiento habrá de cuantificarse económicamente. En caso de desacuerdo sobre la existencia misma de incumplimiento o sobre el alcance del incumplimiento del deudor, las partes se verán obligadas a acudir a un procedimiento judicial, o extrajudicial en su caso, en el que se determine si existió incumplimiento y la cuantía de los daños. Las partes podrían también haber convenido en el negocio principal cláusulas de determinación del daño o incluso la cantidad máxima a la que podría ascender este<sup>556</sup>.

Por otro lado, la obligación garantizada puede ser pura, condicional o a plazo e incluso podría ser eventual<sup>557</sup>.

El depósito en garantía también podría garantizar una o varias obligaciones, e incluso cabe imaginar la posibilidad de que garantice todos los créditos presentes y futuros existentes entre las partes, con o sin fijación de un límite temporal, constituyendo un depósito en garantía global u ómnibus<sup>558</sup>.

---

<sup>555</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., pág. 471.

<sup>556</sup> *Ibidem*, pág. 472.

<sup>557</sup> En el Derecho portugués la caución sirve para garantizar obligaciones eventuales o de cuantía indeterminada (art. 623.1 en relación con el 666.2 CC). Igualmente en Italia el depósito caucional asegura obligaciones ya existentes o futuras y eventuales. En ocasiones se confunde obligación futura con obligación eventual o de cuantía indeterminada. Por ejemplo Bustos refiere como ejemplo de obligación futura garantizable las “fianzas” de ciertos funcionarios o profesionales al entrar en el ejercicio de sus cargos. BUSTOS PUECHE, J.E. “Teoría general sobre los derechos reales de garantía...”, cit., pág. 555. En esos casos lo que se garantiza realmente no es una obligación futura, sino una obligación actual y determinada: el correcto ejercicio del cargo. Lo que es desconocido en el momento de constituir la garantía es si existirá incumplimiento o no, y su cuantía. Sucede lo mismo con las “fianzas” y otros depósitos en garantía legales.

<sup>558</sup> Se ha admitido la validez de la prenda global siempre que se cumpla el requisito de la determinación de las obligaciones garantizadas, y dada su propia racionalidad desde el punto de vista económico. Ahora bien, es preciso fijar aquí un máximo de responsabilidad, pues la garantía daña las expectativas de terceros acreedores. CARRASCO PERERA, A. “La prenda de créditos”, cit., págs. 271-272, con cita de otros autores.

#### 4.3.2.2.- El objeto depositado en garantía: dinero o bienes fungibles

El objeto del depósito en garantía para el Fuero Nuevo lo constituyen el dinero u otros bienes fungibles. Ha de tenerse en cuenta que según la ley 352 del Fuero Nuevo, lo que define la fungibilidad de los bienes es su determinación por la cantidad del género al que pertenecen.

El dinero, dada su hiperfungibilidad, es especialmente idóneo para constituir el objeto del depósito en garantía<sup>559</sup>. También es posible pero será menos frecuente que se entreguen otro tipo de bienes fungibles. Además de tener carácter naturalmente fungible, los bienes han de entregarse sin individualizar o especificar<sup>560</sup>.

Si se presta atención a la regulación de otros textos legales, el artículo 1851 del *Codice Civile* italiano circunscribe el objeto de la prenda irregular a dinero, mercaderías y créditos incorporados a un título-valor. La doctrina ha resaltado la fácil valoración de estos bienes, la determinación corriente de su precio de mercado, como característica del objeto de la prenda irregular, de forma que son aptos para una pronta realización de su valor<sup>561</sup>. Por su parte, el art. 2341 del *Code Civil* francés se refiere a bienes fungibles, mientras que el artículo 59 del Libro III del Código belga, y el §3:255 del Código holandés se refieren exclusivamente al dinero como objeto de la garantía.

Aunque el Fuero Nuevo alude en general a bienes fungibles, la cualidad de su fácil valoración ha de entenderse implícita, pues en caso contrario se dificultaría el mecanismo satisfactivo propio del depósito en garantía.

Por otro lado, la doctrina se ha planteado la posibilidad de constituir una prenda irregular si el dinero o los bienes fungibles están ya en manos del *accipiens* y por tanto son de su propiedad con carácter previo a la constitución

---

<sup>559</sup> Prueba de ello es que las sentencias que se refieren al depósito en garantía o a la prenda irregular tienen como objeto dinero. Véase epígrafe 4.7. Únicamente en la STS de 1 de marzo de 1930 el objeto de la prenda irregular lo constituían unas acciones.

<sup>560</sup> La ley 474 FN presume que si se entregan bienes fungibles sin especificar las partes desean la constitución de un depósito en garantía. Véase *supra* 3.7.1.

Defienden que para la existencia de una prenda irregular los bienes han de entregarse sin individualizar: CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág. 207. DALMARTELLO, A. “Pegno irregolare”, cit., pág. 799.

<sup>561</sup> DALMARTELLO, A. “Pegno irregolare”, cit., pág. 805. VITTORIA, D. “Pegno irregolare”, cit., pág. 1. RAMOS ALVES. *Do penhor*, cit., págs. 193-194.



de garantía. Frecuentemente el negocio que conlleva el traspaso de la propiedad es un depósito irregular, o un mutuo.

Parte de nuestra doctrina admitió esta posibilidad, en relación a la posibilidad de afectar en garantía unos fondos previamente entregados a un banco como depósito irregular, entendiéndose que se produce una novación de este primer contrato, cuya causa de custodia se transforma en una causa de garantía. Esta novación explica la alteración del necesario deber de restitución derivado del original negocio (a requerimiento del depositante) en un deber de restitución eventual y ligado al cumplimiento de la obligación principal<sup>562</sup>. En esa línea, CRUZ entiende que la prenda irregular puede constituirse gracias a una novación que extingue el depósito previo, “*pero también aprovechando los efectos de una relación previa de depósito bancario que resultará absorbida por la nueva relación*”. En consecuencia para la autora el inicial depósito bancario quedaría subsistente, aunque modificado. Ello permite que la finalidad de guarda no desaparezca y que vuelva a primer plano cuando la relación de garantía haya finalizado<sup>563</sup>.

---

<sup>562</sup> JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., págs. 316-318. BONARDELL LENZANO, R. “Contrato de afianzamiento general y de cobertura de riesgos...”, cit., págs. 328-330, aunque llega a la conclusión de que en la práctica bancaria lo habitual es que no se produzca novación del previo depósito ya que no se suele modificar sus plazos de vencimiento ni condiciones. CUEVILLAS MATOZZI, I. “La pignoración de saldos de depósitos bancarios...”, cit., págs. 6486-6487. En contra de la opinión anterior, Cuevillas sostiene que la práctica bancaria usualmente vincula directamente crédito garantizado y depósito pignorado. Estos autores, al admitir la novación del contrato, parten de que el acreedor garantizado con la prenda irregular es al mismo tiempo el sujeto depositario del dinero en virtud del contrato previo. En contra de la posibilidad de utilizar un depósito bancario previo, Tapia señala que el efecto traslativo de la propiedad es consecuencia del contrato previo de depósito y no de la prenda irregular, lo que es contrario al concepto mismo de prenda irregular. Recuerda que la tesis de la novación no serviría en ningún caso para explicar los casos en los que la entidad de crédito depositaria no sea la misma acreedora pignoraticia, porque “*difícilmente puede admitirse que con posterioridad a ese momento y en virtud de la prenda cambie el título posesorio sobre el dinero mediante un negocio jurídico en el que no interviene su titular (entidad depositaria)*”. TAPIA HERMIDA, A. J. “Pignoración de saldos de depósitos bancarios”, cit., págs. 877-878. En el Capítulo siguiente nos referiremos a la constitución del depósito en garantía en manos de un tercero, pero es claro, como señala Tapia, que no cabe novación de un previo contrato de depósito irregular a un depósito en garantía sin intervención del depositario.

<sup>563</sup> CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág. 211. En otro trabajo añade que la conversión de un previo depósito irregular bancario en una prenda irregular bancaria se opera mediante una *traditio brevi manu*. De esta forma, el banco ya no está obligado a restituir a requerimiento del depositante, sino que la cuenta bancaria se bloquea y se vincula a la obligación principal garantizada. CRUZ MORENO, M. “21 de febrero de 1997. Alcance garantístico de la

DALMARTELLO puntualiza que si las partes entregan sin más el crédito derivado del previo negocio restitutorio, existe una prenda de créditos<sup>564</sup>, a la que le resulta aplicable su régimen propio, pero ello no excluye sin más la posibilidad de constituir una prenda irregular. Esta no nacería de la simple vinculación del crédito nacido del depósito preexistente, sino de la conversión del precedente negocio de depósito en prenda irregular<sup>565</sup>.

De acuerdo con esta acertada puntualización, también en el Derecho navarro si se afecta en garantía el crédito nacido de un depósito bancario previo, existirá una prenda de créditos. Hay que preguntarse, entonces, si es posible que se produzca una novación y que un depósito irregular previo se transforme en depósito en garantía<sup>566</sup>. El tenor literal de la ley 474 FN presenta dos obstáculos: primero, la ley se refiere a la constitución del depósito para garantía de la concreta obligación, y segundo, es precisamente este negocio y no otro el que produce la transmisión de la propiedad al acreedor depositario en garantía, lo que descarta la posibilidad de una novación aunque fuese tácita<sup>567</sup>.

Por otro lado, cuando el dinero se entrega al acreedor, obviamente este puede decidir libremente abrir una cuenta bancaria de cualquier tipo en la que ingresar los fondos recibidos en garantía, pues como propietario puede darles el destino que prefiera.

Cabe preguntarse si se puede añadir al depósito en garantía el pacto por el que el acreedor garantizado se obligue a depositar el dinero en una cuenta bancaria, con el fin de que el depositante en garantía tenga mayor

---

facultad retentoria del acreedor pignoraticio ex artículo 1866 CC. ¿Aplicabilidad analógica de dicha facultad en la prenda irregular?”, *CCJC*, N° 44, págs. 732-733.

<sup>564</sup> Esta es, como ya se ha indicado, la opinión mayoritaria en el ámbito del Derecho común (epígrafe 3.4.1 de este Capítulo)

<sup>565</sup> DALMARTELLO, A. “Pegno irregolare”, cit., págs. 799-800.

<sup>566</sup> El negocio previo que produce la transmisión de la propiedad no tiene que ser necesariamente un depósito irregular, pero este será el supuesto más frecuente.

<sup>567</sup> El artículo 1851 del *Codice Civile* también se refiere a la constitución de un depósito de dinero, mercancías o títulos, pero, a diferencia de la ley navarra, no alude expresamente a que el efecto traslativo de la propiedad lo produzca la prenda irregular, sino que lo determinante es la concesión al acreedor de facultades de disposición sobre las cosas, o la entrega de las mismas sin individualizar.

seguridad de que el dinero le será restituido, llegado el caso<sup>568</sup>. Sin embargo, la presencia de tal pacto puede desnaturalizar el depósito en garantía en manos del acreedor pues supone la intervención de un tercer sujeto, el banco depositario, quien adquiere la propiedad de lo depositado. Si este asume la obligación de restituir, bien al depositante en garantía, bien al acreedor garantizado, según se haya cumplido o no la obligación principal garantizada, la garantía se traslada al ámbito del segundo párrafo de la ley 474 del Fuero Nuevo.

Si el banco ha de restituir al acreedor-depositante, solo si el dinero es indisponible para este hasta el vencimiento de la obligación principal obtiene el deudor alguna seguridad de que el dinero le será restituido, y en este caso cabe pensar en una individualización del dinero y por tanto en la existencia de una prenda ordinaria en manos de tercero (ley 468 FN).

En cambio, si la cantidad se deposita en una cuenta bancaria abierta a nombre del acreedor y este puede disponer libremente de ella, el pacto de depositar el dinero en una cuenta bancaria no otorga al deudor ninguna seguridad en cuanto a su restitución. El incumplimiento de esta obligación podría dar lugar a responsabilidad contractual, pero no afectaría a las disposiciones efectuadas por el acreedor.

#### 4.4.- Obligaciones derivadas del contrato

Del depósito en garantía deriva una obligación fundamental para el acreedor depositario en garantía, que es la de restituir el *tantundem* al depositante en garantía en caso de cumplimiento de la obligación principal por parte del deudor. Las condiciones de esta restitución (lugar, forma, posibles plazos, etc.) pueden ser objeto de pacto entre las partes.

En algunos supuestos pueden surgir dos obligaciones más: la obligación de retribución y la obligación de liquidación.

El depósito en garantía transmite al depositario en garantía la propiedad plena del dinero o bienes fungibles, con lo que los posibles frutos

---

<sup>568</sup> Se trata de supuestos en los que el acreedor garantizado no sea una entidad bancaria, pues en ese caso, el dinero entregado adoptaría la forma de depósito bancario, bien como depósito a la vista o como depósito a plazo fijo, a nombre del propio banco acreedor, o a nombre del constituyente de la garantía pero bloqueado, de forma que el deudor no pueda disponer de las sumas depositadas.

que produzcan las cosas le pertenecerán enteramente<sup>569</sup>. El acreedor garantizado deberá restituir únicamente al depositante en garantía la misma cantidad de dinero o bienes recibidos. No obstante, las partes pueden pactar libremente una contraprestación a cargo del depositario en garantía y en favor del depositante, que puede consistir en el pago de un interés si lo entregado fue dinero, o en la entrega de los frutos si se entregaron otras cosas fungibles<sup>570</sup>.

En cuanto a obligación de liquidación, es frecuente que el depósito en garantía asegure el cumplimiento de una obligación pecuniaria mediante la entrega de una cantidad de dinero, en cuyo caso, el carácter de medida de valor del dinero hace innecesaria la práctica de ninguna operación de liquidación. Pero mediante la entrega de dinero puede garantizarse también el cumplimiento de una obligación de hacer, o de dar (como por ejemplo, la obligación de realizar una obra, de mantener el piso arrendado en perfecto estado, o de devolver la llave de acceso a una instalación deportiva al finalizar el período de uso de la misma, etc) y en este tipo de supuestos puede ser necesario proceder a la valoración de la prestación incumplida, de forma que se cuantifique económicamente a cuánto asciende el incumplimiento del deudor. Las partes pueden establecer mecanismos de liquidación, aunque no será frecuente. Sí puede serlo la obligación de acudir a mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos, como la mediación o el arbitraje.

Por otro lado, el objeto entregado en garantía pueden ser bienes fungibles distintos al dinero, como títulos-valor, materias primas, etc. Ya se advirtió que deben tener un valor corriente de mercado, fácilmente determinable, porque de ser necesaria una tasación o valoración por alguien ajeno a los sujetos intervinientes en el depósito en garantía no sería posible la operación contable propia de la realización del depósito en garantía.

---

<sup>569</sup> En tal sentido: DALMARTELLO, A. “Pegno irregolare”, cit., pág. 806; MESSINEO, F. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, cit., pág. 111; RUBINO, D. “Il pegno”, cit., págs. 218-219.

<sup>570</sup> Como factores que hacen que la garantía pueda proporcionar al acreedor una utilidad de goce sobre el dinero justificando que se pacte una contraprestación consistente en el pago de intereses señala Cruz: el período de tiempo que media entre la constitución de la garantía y el vencimiento del crédito garantizado, la situación económica del adquirente o las mayores o menores posibilidades de cumplimiento voluntario. CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 253-254.

Por último, el momento de la valoración de los bienes fungibles entregados en garantía ha de ser el del vencimiento de la obligación principal<sup>571</sup>.

#### 4.5.- Extinción del depósito en garantía

El depósito en garantía, como contrato accesorio, se extinguirá si por cualquier causa se extingue la relación principal que garantiza (novación extintiva, confusión, condonación de la deuda principal, etc.)<sup>572</sup>, incluyendo lógicamente el supuesto más emblemático de extinción, que será el cumplimiento de la obligación principal. En estos casos, el depositario en garantía debe proceder a la restitución del *tantundem* al depositante en garantía pues ya no tiene motivo alguno para conservar el dinero o bienes fungibles en su patrimonio. En caso de incumplimiento de la obligación principal se actuará el mecanismo satisfactivo de la garantía y el acreedor podrá aplicar la cuantía de la cantidad o el valor de los bienes fungibles entregados a la extinción de la obligación principal.

Pero el depósito en garantía, como contrato autónomo, puede extinguirse por circunstancias que le afecten propiamente, ajenas a la obligación principal. Así, cabe señalar como causas de extinción del depósito en garantía:

- Mutuo disenso: el acuerdo entre depositante en garantía y depositario en garantía para dar por finalizado el contrato será causa de extinción del mismo, con obligación de restituir las cantidades entregadas al depositante.
- Novación extintiva (ley 498 FN): será necesario el consentimiento del acreedor garantizado para cualquier novación que suponga la extinción del contrato de garantía.
- Condonación (ley 498 FN): cabría que el deudor condonara al acreedor la eventual deuda de restitución nacida del depósito en garantía, lo que supondría la subsistencia de la deuda principal

---

<sup>571</sup> Expresamente lo declara el artículo 1851 del *Codice Civile*. Así ocurre en otras garantías, como en la prenda o en la hipoteca.

<sup>572</sup> Referido a los derechos reales de garantía, FERRANDIS VILELLA, J. “Introducción al estudio de los derechos reales de garantía”, cit., pág. 59. CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 261-262.

pero sin garantía. Esta condonación podría ser impugnada si se realizara en perjuicio de terceros (ley 22 FN).

- Compensación (ley 498 FN): por compensación no se hace referencia aquí al mecanismo satisfactivo del depósito en garantía, sino a otros supuestos de verdadera compensación, como por ejemplo el que se puede producir entre la deuda de restitución del acreedor depositario en garantía y otra deuda que tuviera frente a él el deudor depositante en garantía. Para que se produzca una compensación deberán reunirse los requisitos legales (art. 1196 CC, de aplicación directa en Navarra<sup>573</sup>).
- Confusión entre la persona del acreedor y del deudor (ley 498 FN); en el depósito en garantía en manos del acreedor la confusión puede producirse en cualquier momento, antes o después de que la obligación principal resulte exigible. Si esta se encuentra pendiente, la obligación principal se extinguirá por confusión, y también el depósito en garantía. Si la obligación principal ya venció y el deudor incumplió, la imputación del depósito en garantía al cumplimiento de la obligación principal se habría operado automáticamente, por lo que solo podría extinguirse por confusión si subsistiera parte de la deuda por no alcanzar el depósito en garantía a cubrir toda la cuantía de la deuda principal. También si el deudor cumplió y el acreedor no ha devuelto el *tantundem* al deudor podría extinguirse esta obligación por confusión entre la persona del acreedor y del deudor.

## 4.6.- Depósito en garantía en manos del acreedor y terceros acreedores

### 4.6.1.- En situaciones no concursales

En el depósito en garantía, o prenda irregular en la terminología del Derecho común, el acreedor garantizado satisface directamente su crédito, mediante una compensación u operación contable consistente en descontar el valor de lo entregado en garantía del valor de la obligación principal incumplida, sin acudir a la vía judicial o a ningún otro procedimiento extrajudicial legalmente establecido.

---

<sup>573</sup> Ya aludido en la nota 529.

La posición de los acreedores del constituyente de la garantía es distinta en función del momento en el que se encuentre el depósito en garantía. Entre el momento de su constitución y el momento de vencimiento de la obligación principal, los acreedores del depositante en garantía no pueden perseguir los bienes entregados al acreedor garantizado, pues estos han ingresado en su patrimonio<sup>574</sup>. El carácter fungible de los bienes descarta que puedan existir acreedores anteriores a la constitución del depósito en garantía con privilegio especial sobre esos mismos bienes<sup>575</sup>. De existir acreedores quirografarios anteriores, podrían instar una acción revocatoria si la constitución del depósito en garantía perjudicó sus intereses y se dan todos los requisitos para el ejercicio de dicha acción. En caso contrario, tanto los acreedores anteriores como los posteriores al depósito en garantía solo podrán embargar el eventual crédito restitutorio del depositante en garantía frente al depositario, pues es lo único que forma parte del patrimonio de aquel.

Una vez vendida la obligación principal, si esta resulta insatisfecha, se produce la automática compensación entre el valor de lo entregado en garantía y el valor de la obligación principal, por lo que al acreedor garantizado no le afecta en absoluto la presencia de otros acreedores del depositante en garantía, no hay problema de concurrencia con ellos<sup>576</sup>. Mediante el depósito en garantía no se trata de crear un privilegio convencional a favor del depositario en garantía, sino que se le otorga exclusividad para la realización de su crédito. Los acreedores del depositante en garantía únicamente podrían embargar el crédito de aquel frente al depositario en garantía por el exceso de valor del *tantundem* sobre el crédito garantizado, en caso de que existiera.

Igualmente, en caso de cumplimiento de la obligación principal por el deudor, los acreedores del depositante en garantía podrían embargar el crédito a la restitución del *tantundem* que ostenta frente al depositario en garantía (o el dinero, una vez ingresado en el patrimonio del depositante en garantía).

---

<sup>574</sup> JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., pág. 324. CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 255-256.

<sup>575</sup> CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 255-256

<sup>576</sup> Así, BIANCA, C. M. *Diritto civile, VII*, cit., pág. 173. CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 255-256. JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., pág. 324.

Los acreedores del acreedor-depositario en garantía, por su parte, podrían embargar el dinero o bienes fungibles recibidos por este, pues forman parte del patrimonio del depositario en garantía. Eso sí, en caso de cumplimiento de la obligación principal por el deudor, el acreedor-depositario en garantía tendrá que hacer frente a su obligación de restitución del *tantundem*, con cualesquiera bienes que se hallen en su patrimonio en dicho momento.

#### 4.6.2.- Ante el concurso del depositante en garantía o del depositario en garantía

Como señala CARRASCO, el Derecho concursal sirve como test de eficacia de las garantías reales, para lo que han de tenerse en consideración diversos factores, como el grado de resistencia del acreedor frente a las pretensiones del resto de acreedores anteriores y posteriores, el ahorro de los costes de ejecución para el acreedor o la existencia de medios efectivos a disposición del acreedor para impedir la desvalorización de su activo<sup>577</sup>.

Según la Ley Concursal los créditos con privilegio especial (art. 90 LC) permiten al acreedor privilegiado cobrar con cargo a los bienes o derechos afectos con preferencia sobre otros acreedores (art. 155.1 LC). La calificación de un crédito como “privilegiado”, no obstante, es de creación pre y extraconcursal<sup>578</sup>, y la clave de su posición es que el acreedor con privilegio especial conserva sus facultades y derechos con indiferencia de que haya o no una situación concursal, por lo que se alude a la “inmunidad” o a la “resistencia” de la garantía real frente al concurso<sup>579</sup>.

Dicho esto, inmediatamente se plantea qué ocurre con las garantías reales atípicas, que no tienen reconocido un privilegio. En particular, según GARCÍA VICENTE, se trata de decidir si son oponibles al concurso la fiducia en garantía, la opción de compra, y las cesiones *pro solvendo* de créditos o la compensación de créditos con fin de garantía, aunque estas últimas son susceptibles de encuadrarse, para el autor, en el régimen de la prenda de créditos<sup>580</sup>. La inclusión de la reserva de dominio y el arrendamiento

---

<sup>577</sup> CARRASCO PERERA, A. *Los derechos de garantía en la ley concursal*, cit., págs. 44-47.

<sup>578</sup> *Ibidem*, págs. 58-59.

<sup>579</sup> GARCÍA VICENTE, J.R. “Garantías reales”, en la obra colectiva dirigida por BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J.A., *Enciclopedia de Derecho concursal*, Tomo II, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pág. 1628.

<sup>580</sup> *Ibidem*, págs. 1632-1633.



financiero como créditos con privilegio especial en la Ley Concursal (art. 90.1.4º LC) y la concepción funcional de las garantías que adopta el Real Decreto Ley 5/2005, independientemente de su estructura, no aconsejan resolver la cuestión desde una perspectiva estrictamente nominal sino, al contrario, conducen a ampliar el elenco de garantías oponibles en el concurso siempre que sean válidas y eficaces conforme al Derecho común, con especial atención a la prohibición del pacto comisorio, y siempre que se satisfagan las reglas para su oponibilidad frente a terceros (art. 90.2º LC).

Pero GARCÍA VICENTE también hace patente un problema, que es el de la oponibilidad dentro del concurso de las garantías acogidas por el Derecho Civil navarro (también por el Derecho Civil catalán). Para el autor, no parece razonable consentir que los legisladores autonómicos diseñen derechos de garantía que carezcan de respaldo concursal, por lo que debe admitirse la inmunidad concursal de estas garantías pues en caso contrario, “*se dictarían en el vacío*”<sup>581</sup>. Siendo cierto que sin eficacia concursal las garantías reales verían muy afectada su utilidad, no cabe afirmar sin más su inmunidad al concurso, por mera conveniencia, al menos en lo que se refiere al depósito en garantía. En este sentido, y partiendo de que el depósito en garantía constituye una garantía real, pero no tiene reconocido un privilegio especial<sup>582</sup>, hay que analizar su funcionamiento y efectos también en sede concursal.

Como efecto de la constitución de un depósito en garantía (ley 474.I FN), el dinero o bienes fungibles que el depositante entrega al acreedor-depositario en garantía se transmiten plenamente al patrimonio de este. En el pasivo de este depositario en garantía existirá una deuda de restitución, que

---

<sup>581</sup> No obstante, apunta que debiera discutirse con carácter previo la constitucionalidad de las normas sobre garantías reales dictadas por Navarra y Cataluña, y parece inclinarse por la falta de competencia de estas (y de cualquier otra Comunidad Autónoma que quisiera regular las garantías reales).

Se trata de una cuestión compleja en la que no hay que perder de vista lo dispuesto por el artículo 149.1.8ª CE, que no aporta ninguna restricción a la competencia de Navarra en orden a regular las garantías reales. El propio autor admite que la Ley Concursal se dicta en ejercicio de las competencias mercantiles y civiles (arts. 149.1º.6ª y 8ª CE) del Estado “*sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas*” (DF 32ª LC), y que tampoco parece prudente considerar que las normas relativas a la prelación de créditos sean necesariamente mercantiles.

<sup>582</sup> A menos que se sostenga que el depósito en garantía o prenda irregular es una modalidad de prenda (art. 90.1.1º LC) o una prenda de créditos (art. 90.1.6º LC).

es meramente eventual y dependerá del cumplimiento de la obligación principal por el deudor. Por su parte, en el patrimonio del depositante en garantía solo hay un activo, que consiste igualmente en el eventual crédito a la restitución, a cargo del depositario en garantía<sup>583</sup>.

En caso de concurso del deudor-depositante en garantía, no existe ningún bien que incluir en la masa activa (como sí ocurriría, por ejemplo, con el objeto de una prenda ordinaria). El objeto afecto a la garantía ha sido transmitido al patrimonio del acreedor<sup>584</sup>. Si se replica que el depositario en garantía no tiene preferencia porque no se le reconoce ningún privilegio especial y en consecuencia otro acreedor podría cobrar antes, hay que responder que no hay ningún objeto propiedad del deudor sobre el que ejercer esta preferencia. Para que el dinero revirtiera al patrimonio del depositante sería necesario atacar la propia constitución de la garantía, declarar su ineficacia a través de alguno de los medios reconocidos por la Ley Concursal<sup>585</sup>. Mientras esto no ocurra, en el patrimonio del deudor únicamente existe un activo, que es el crédito a la restitución del *tantundem*, pero es meramente eventual y depende del cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal.

En este sentido la situación del depositante se asemeja a la del fiduciante en garantía, que tampoco puede ejercitar ninguna acción para recuperar el bien frente al fiduciario, sino que debe esperar al agotamiento de

---

<sup>583</sup> Para no complicar la cuestión se deja de lado la posible diferencia entre el valor de lo entregado en garantía y la obligación principal, que puede generar un crédito a la restitución a cargo del depositario en garantía por el exceso, o la subsistencia de un crédito a cargo del deudor por la cantidad no cubierta con lo entregado en garantía.

<sup>584</sup> Referido a la prenda irregular: CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., págs. 255-256. JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., pág. 324.

<sup>585</sup> De acuerdo con Carrasco, la administración concursal puede impugnar y hacer ineficaces, o al menos inoponibles al concurso, las garantías constituidas por el deudor por cuatro vías:

- 1) Impugnar en juicio ordinario la existencia y validez de los créditos asegurados con garantía real (art. 74 LC).
- 2) Ejercitar la acción revocatoria de la garantía (art. 1111 CC) por parte de los administradores concursales y, subsidiariamente, el acreedor individual (art. 72.1 LC).
- 3) Instar la declaración de extinción de oficio por el Juez, para las garantías reales prestadas para garantizar créditos calificados como subordinados (art. 97.2 LC).
- 4) Ejercitar la acción revocatoria concursal del artículo 71 LC para declarar la “ineficacia” de la garantía constituida en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso en ciertos casos (art. 71.3 LC), por parte de la administración concursal y subsidiariamente el acreedor (art. 72.1 LC).

CARRASCO PERERA, A. *Los derechos de garantía en la ley concursal*, cit., pág. 355 y sig.

la causa *fiduciae* para, en caso de que haya cumplido con la obligación principal, pretender la restitución del bien objeto de garantía<sup>586</sup>.

Así que el depositante en garantía debe esperar al vencimiento de la obligación garantizada y, si el deudor principal cumple, se cristalizaría su derecho a recibir del depositario en garantía el *tantundem*. Una vez ingresado este en su patrimonio, se integraría en la masa activa del concurso<sup>587</sup>.

La declaración en concurso del depositante en garantía no tiene ningún efecto sobre la propiedad adquirida sobre el dinero o los bienes fungibles por el depositario en garantía, que solo podrá ser atacada impugnando la propia constitución de la garantía, como ya se ha referido anteriormente. Así lo reconoció el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 7 de mayo de 1999, que declaró que el dinero entregado en garantía al acreedor, en el caso un Banco, no debía ser integrado en la masa de la quiebra de la mercantil depositante<sup>588</sup>. La consecuencia es que el concurso del depositante no afecta al depósito en garantía<sup>589</sup>.

---

<sup>586</sup> El tratamiento de la fiducia *cum creditore* en el concurso ya fue tratado en el epígrafe 3.5.1, al que nos remitimos. No obstante, en la fiducia en garantía se considera que el fiduciante tiene un crédito privilegiado que le permite recuperar la propiedad, o bien dicha facultad es inherente a su posición como propietario material del objeto de la fiducia, según entiende Carrasco. El depositante en garantía que cumple la obligación principal, en cambio, no tiene ningún privilegio ni conserva acción alguna de carácter real sino que su crédito será ordinario.

<sup>587</sup> Nótese que en este caso al depositante en garantía le resulta más interesante incumplir la obligación principal para que su importe se compense con el valor de lo entregado en garantía. Así se ahorra el cumplimiento de la obligación principal, la espera a que el acreedor-depositario en garantía le devuelva el *tantundem*, e incluso el riesgo de que el acreedor no cumpla con dicha obligación.

<sup>588</sup> Se analizará dicho Auto en el epígrafe siguiente. Dicha resolución parece aludir a que el banco garantizado ostenta un derecho de retención sobre la suma, del que carecería si fuera un mero depositario, con lo que parece configurar una especie de derecho de retención a favor del depositario en garantía, de forma similar al derecho de retención que se le atribuye al fiduciario. Más que un derecho de retención (que por otro lado se ha criticado por oscuro y carente de fundamento legal, cfr. GALICIA AIZPURUA, G. *Causa y garantía fiduciaria*, cit., pág. 199-200) en el depósito en garantía lo que ostenta el acreedor depositario es un derecho de propiedad pleno, limitado por un eventual derecho de restitución derivado de la causa de garantía que justifica la transmisión de la propiedad.

<sup>589</sup> Antes de la promulgación de la actual Ley Concursal, Cruz planteó, respecto a la prenda irregular, que si la declaración de quiebra o concurso era anterior al vencimiento de la obligación principal se producía un vencimiento anticipado del crédito garantizado, y su no satisfacción provocaba la inmediata compensación del daño. En ese caso, el acreedor solo deberá restituir a la masa el *tantundem* correspondiente al eventual exceso. CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág. 257.

Si el que se declara en concurso es el depositario en garantía, el dinero o los bienes fungibles entregados se incluirán en la masa activa del concurso puesto que son de su propiedad, pero también la deuda eventual a la restitución formará parte del pasivo.

En este supuesto, si el depositante en garantía cumpliera la obligación principal, se plantea la cuestión de si el depositante tiene algún tipo de privilegio o preferencia de cobro sobre el resto de los acreedores, a lo que hay que responder negativamente<sup>590</sup>. Paradójicamente, si el depositante en garantía incumpliera la obligación principal, dicha obligación quedaría extinguida por compensación con la cantidad depositada en garantía, por lo que el depositante no tendría que reclamar ningún crédito en el concurso y desde ese punto de vista su situación es más beneficiosa.

El legislador ha establecido en el Real Decreto Ley 5/2005 que las garantías financieras constituidas mediante transmisión de la propiedad no se verán afectadas en su ejecución por la apertura del concurso (art. 15), si fueron constituidas y aportadas antes de la fecha del mismo, lo que significa que el ordenamiento común reconoce una garantía que se ejecuta al margen del concurso. La garantía financiera se realiza en sus propios términos y no puede rescindirse por la administración concursal, salvo que se pruebe que se ha realizado en fraude de acreedores (art. 15.5 RDL 5/2005)<sup>591</sup>. El importe de la garantía se compensará con el de las obligaciones garantizadas.

El depósito en garantía tiene en común con las garantías financieras sobre efectivo que también se ejecuta mediante compensación y solo puede ser rescindido por la administración concursal en caso de fraude de acreedores<sup>592</sup>.

Que la garantía financiera se ejecute al margen del concurso implica que los beneficiarios no tienen que esperar a la aprobación del convenio de acreedores o al transcurso de un año sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (art. 56.1 LC).

---

<sup>590</sup> A diferencia del fiduciante en garantía, que conserva la propiedad material sobre el bien y puede recuperarlo a pesar del concurso del fiduciario.

<sup>591</sup> LYCZKOWSKA, K. *Garantías financieras*, cit., pág. 306.

<sup>592</sup> Aunque señala Lyczkowska que el art. 15.5 RDL 5/2005 presenta un estándar más alto que el del art. 71 LC pues exige a la administración concursal probar efectivamente el fraude de acreedores. *Ibidem*, pág. 306.

Cabe plantearse si la realización del depósito en garantía debe quedar paralizada hasta la aprobación del convenio o puede realizarse separadamente, al igual que las garantías financieras. Por aplicación del artículo 56 de la Ley Concursal, si el objeto del depósito en garantía estuviera afecto a la actividad empresarial (por ejemplo, mercancías con carácter fungible) podría paralizarse su ejecución. Sin embargo, se da la circunstancia de que en virtud del depósito en garantía la propiedad de las mismas se transmite al acreedor garantizado, por lo que no pueden estar afectas en ningún caso a la continuación de la actividad del deudor concursado. La ejecución del depósito en garantía, su realización, se producirá en el momento en que venza la obligación principal que garantiza y se produzca, en su caso, su incumplimiento.

#### **4.7.- El depósito en garantía en manos del acreedor en las resoluciones judiciales**

Únicamente tres resoluciones han aplicado o se han pronunciado expresamente sobre la ley 474 del Fuero Nuevo: el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 7 de mayo de 1999, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de diciembre de 2008, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 23 de junio de 2009, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la anterior. En todas ellas se trataba de depósitos en garantía constituidos en manos del acreedor<sup>593</sup>.

##### **4.7.1- El Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 7 de mayo de 1999**

Del texto de la resolución se infiere que la mercantil Riberco S.L. constituyó una imposición a plazo fijo en el Banco Central Hispano, el 29 de marzo de 1996, por importe de 72.121,453 euros, que fue pignorado en póliza intervenida por corredor de comercio en esa misma fecha a favor del mismo

---

<sup>593</sup> Aunque la existencia de un depósito en garantía se puso en duda en el supuesto resuelto por la STSJN de 23 de junio de 2009, como se examinará.

Al margen de estos pronunciamientos, en algunas otras sentencias dictadas por tribunales navarros, que se recogen en el epígrafe 4.7.3, se ha apreciado la existencia de una prenda irregular o de un depósito en garantía, sin mencionar el precepto citado, en la línea de los pronunciamientos de otros tribunales.

Banco. Con posterioridad la mercantil entró en quiebra, declarada mediante Auto de 17 de febrero de 1997. El Juzgado de Primera Instancia requirió al Banco Central Hispano para que aportara la cantidad depositada a la masa de la quiebra, a lo que el Banco se negó, ordenándose por el Juzgado el embargo de la imposición. El comisario de la quiebra en un primer momento se opuso a dicho embargo pero posteriormente cambió de criterio y sostuvo que la imposición a plazo fijo constituía un mero depósito y que no se había constituido sobre la misma una prenda sin desplazamiento, por falta de los requisitos necesarios<sup>594</sup>.

A la vista de los hechos anteriores, la Audiencia Provincial resuelve la cuestión reconociendo la validez de la garantía y calificándola como un depósito en garantía previsto en la ley 474 del Fuero Nuevo:

*“Verdaderamente sentimos discrepar tan radicalmente del criterio de los juzgadores de la instancia, pero a nuestro entender es absolutamente claro que la garantía real es perfectamente válida y eficaz. Recordaremos que en el Derecho Civil de esta Comunidad Foral - claro está, también en el Derecho Común, pero sin una regulación normativa específica-, "...para garantía del cumplimiento de una obligación, puede constituirse a favor del acreedor un depósito de dinero...", Ley 474 del Fuero Nuevo, precisamente inserta en el título VII del Libro III del Fuero Nuevo, relativo a las garantías reales, y en el capítulo dedicado a la prenda con desplazamiento, la hipoteca, la anticresis, el derecho de retención y, finalmente, al depósito en garantía al que nos referimos. La prenda de un depósito de dinero es perfectamente admisible y está debidamente constituida, máxime si se repara -aunque ello no es un requisito constitutivo esencial-, que en este caso la constitución fue "intervenida" por corredor de comercio colegiado, es decir, por un fedatario mercantil, con la relevancia que a su intervención, en cuanto a la "oponibilidad ad extra" del acto instrumental, le reconoce el art. 93 del Código de Comercio -.*

*En ningún caso, como vemos, es requisito constitutivo para la propia existencia -y subsistencia-, de la prenda sobre el derecho de crédito documentado en una imposición a plazo fijo que, en definitiva, tan solo es una prenda sobre un depósito de dinero, la inscripción en ningún tipo de registro -que además ni tan siquiera existe, como muy bien*

---

<sup>594</sup> El Auto censura la conducta del señor comisario de la quiebra por enturbiar la cuestión, aunque no se proporcionan más datos.

*expuso en su momento la dirección letrada de la entidad bancaria ahora recurrente-.”*

La Audiencia Provincial subsume los hechos correctamente en el supuesto del depósito en garantía del primer párrafo de la ley 474 del Fuero Nuevo. En efecto, en primer lugar el deudor entregó una cantidad de dinero a manos del acreedor, que adquirió su propiedad en ese momento. Esta entrega de dinero, al ostentar el acreedor la cualidad de entidad bancaria, reviste la forma de imposición a plazo fijo, que produce el efecto de transferir la propiedad al banco depositario y es idóneo para servir como garantía pues el depositante no puede disponer libremente de los fondos, sino que debe esperar a su vencimiento. Que el depósito de dinero se documente como imposición a plazo fijo no hace desaparecer el hecho de que se hubiera constituido única y exclusivamente para garantizar una obligación determinada, con la cual queda vinculado el depósito<sup>595</sup>.

En segundo lugar, la entrega de dinero garantizaba un negocio principal que parece ser un préstamo hipotecario<sup>596</sup>. Se confirman así los presupuestos para estimar que se constituyó un depósito en garantía en manos del acreedor: carácter accesorio, causa de garantía, transmisión de la propiedad de un bien fungible con obligación eventual de restitución por parte del acreedor garantizado en función del cumplimiento de la obligación principal.

Los pronunciamientos de esta resolución confirman además algunas de las conclusiones aquí sostenidas en cuanto a la naturaleza del depósito en garantía. En primer lugar, no es un contrato de depósito. En tal caso la entidad crediticia sería una “simple” depositaria y no ostentaría derecho de retención alguno sobre la suma depositada en la imposición a plazo fijo, que tendría que entregar a la masa de la quiebra, pero no se está ante tal supuesto sino ante una garantía real. Afirma el Auto a este respecto:

*“Es obvio que, de ser las “cosas” tal y como fueron planteadas por el Sr. comisario de la quiebra, en su inicial escrito -por lo que respecta al*

---

<sup>595</sup> Ya se expuso *supra* (epígrafe 3.4.2) que la doctrina mayoritaria en el Derecho común califica esta operación como prenda de créditos, mientras que aquí se sostiene la existencia de un depósito en garantía.

<sup>596</sup> Aunque no se ofrecen detalles concretos, se deduce del penúltimo párrafo del Fundamento de Derecho segundo.



*presente incidente-, de fecha 28 de mayo de 1.997, es decir, que por el "Banco Central Hispano" se aportara a la masa de la quiebra el importe de un depósito a plazo fijo constituido por la quebrada con fecha 29 de marzo de 1.996, la solución era bien sencilla: la entidad ahora apelante sería una simple depositaria y ninguna facultad de retención disponía para formular una razonable resistencia, a la atendible petición de restitución. Pero, evidentemente, "...las cosas no son así"; está perfectamente justificado (...) que el depósito en cuestión existe -la imposición a plazo fijo-, y fue constituida en la fecha indicada, es decir, el 29 de marzo de 1.996, pero en la misma fecha de su constitución, el depósito en cuestión fue "pignorado" por la mercantil "Riberco, S.L", claro está, antes de que se dictara el Auto de declaración de quiebra a su instancia, que está datado el 17 de febrero de 1.997-, precisamente a favor del "Banco Central Hispano", pignoración que fue intervenida por corredor de comercio en la misma fecha, es decir, el día 29 de marzo de 1.996".*

En segundo lugar, el depósito en garantía, o “prenda de depósito de dinero” como lo designa el Auto en varias ocasiones, tampoco es una prenda de créditos. En una ocasión se alude a “*la prenda sobre el derecho de crédito documentado en una imposición a plazo fijo*”, lo que podría suscitar dudas sobre la calificación del depósito en garantía como una prenda del crédito derivado del depósito en manos del acreedor, pero la propia Audiencia menciona en varias ocasiones que “*en definitiva, tan solo es una prenda sobre un depósito de dinero*”, y en ningún momento se refiere al crédito como objeto de la garantía, sino al depósito de dinero. Hay que tener en cuenta que cuando se dicta este Auto por la Audiencia Provincial de Navarra ya había sido admitida la prenda de créditos por Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1997, y estas establecieron claramente que lo pignorado era el crédito a la restitución nacido del depósito, no la suma de dinero. Los razonamientos sobre el objeto de la garantía de estas resoluciones difieren entre sí: mientras el Tribunal Supremo entiende que es el crédito, al no poder existir derecho real sobre el dinero, la Audiencia Provincial de Navarra sostiene que el objeto de la garantía es el depósito de dinero.

Además, si se hubiera calificado el depósito en garantía como prenda de créditos, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal, le hubiera resultado en consecuencia plenamente aplicable el régimen de la



prenda, sustituyendo la notificación al deudor el requisito de la desposesión<sup>597</sup> y siendo necesaria su constancia en documento público (art. 1865 CC). Estas exigencias chocan con la abierta afirmación del Tribunal navarro de que la válida constitución del depósito en garantía no exige intervención de corredor de comercio ni ninguna otra formalidad, lo que refuerza la tesis de que no se trata de una prenda sobre el crédito<sup>598</sup>.

Descartado que el depósito en garantía se configure como un depósito o como una prenda de créditos, la Audiencia Provincial considera “*absolutamente claro*” que existe una garantía real, perfectamente válida y eficaz. Resalta que la ley 474 está inserta en el Título VII del Libro III del Fuero Nuevo, relativo a las garantías reales, y en el Capítulo dedicado a la prenda con desplazamiento, hipoteca, anticresis, derecho de retención y finalmente el depósito en garantía. El Auto utiliza la expresión “*prenda de un depósito de dinero*”, que no se emplea por el legislador, lo que denota que el depósito en garantía se considera una prenda, aunque en ningún momento se nombra la prenda irregular. No se llega a aclarar si se identifica esta prenda de un depósito de dinero con la prenda irregular, o si se considera una modalidad de prenda ordinaria. La reiteración de la expresión “*prenda de un depósito de dinero*” parece inclinarse por la segunda<sup>599</sup>.

Por último, en este Auto se contienen valiosas afirmaciones sobre los requisitos de constitución y efectos del depósito en garantía. Afirma la Audiencia Provincial, conforme a la ley 474 del Fuero Nuevo, que para la

---

<sup>597</sup> Aunque en este caso no sería necesaria la notificación porque el deudor cedido coincide con el acreedor pignoraticio.

<sup>598</sup> Es cierto que el Fuero Nuevo no exige para la oponibilidad de la prenda ordinaria su constancia en documento público. Sin embargo, las sentencias dictadas por los Tribunales de la Comunidad Foral sobre la prenda de créditos, si bien escasas, han aplicado por entero la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, incluyendo la exigencia de notificación al deudor para la válida constitución de la prenda de créditos. Véase nota 413.

<sup>599</sup> Esto supondría aplicarle al depósito en garantía el régimen de la prenda ordinaria, si bien en el Fuero Nuevo no se exige documento público para su constitución, y se admiten otras formas de venta, distintas a la subasta extrajudicial ante notario. Aun así, se plantearía la necesidad de practicar requerimiento fehaciente de pago al deudor (ley 469 FN), en lugar de procederse a la compensación automática de la obligación garantizada y el importe del dinero entregado en garantía. A su vez, la prenda regular concede preferencia para el cobro, que puede verse superada en algunas ocasiones por otros acreedores, mientras que el depósito en garantía otorga exclusividad al acreedor garantizado.

validez de la citada garantía no es necesaria su inscripción en ningún Registro, ni es requisito esencial que se formalice con intervención de corredor de comercio, aunque ello le otorga las ventajas reconocidas en el artículo 93 del Código de Comercio en cuanto a su prueba. Respecto a los efectos, reconoce eficacia real a la garantía y ordena levantar el embargo que había decretado el Juzgado sobre la imposición a plazo fijo del acreedor pignoraticio Banco Central Hispano, confirmando su no integración en la masa de la quiebra<sup>600</sup>.

#### **4.7.2.- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de diciembre de 2008 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 23 de junio de 1999**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de diciembre de 2008 entendió existente un depósito en garantía en una situación en la que el constituyente del depósito no era el deudor sino un tercero. El fallo de esta sentencia fue confirmado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 23 de junio de 1999 aunque, como se tendrá oportunidad de comprobar, se duda de la calificación del negocio como depósito en garantía.

De ambas sentencias se desprende que los hechos que dieron lugar a este procedimiento fueron los que se relatan a continuación.

La Ley Foral 3/2000 de 22 de junio, de ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis en Navarra estableció una serie de medidas con las que el Gobierno de Navarra podía favorecer que empresas en graves dificultades pudieran sanearse y garantizar así su viabilidad futura. La mercantil Saizar S.A.L. fue beneficiaria de una de estas ayudas y recibió del Gobierno de Navarra un anticipo reintegrable de una cuantía de 360.607,263 euros para financiar las actividades que fueran precisas en aplicación del plan de viabilidad trazado para esa mercantil. El abono de parte de este anticipo, en concreto la suma de 240.404,84 euros, se realizó en una cuenta de la

---

<sup>600</sup> Ya se aludió en la nota 588 que realmente no es que exista un derecho de retención del acreedor garantizado, sino que la facultad de retener el dinero deriva de que es el propietario del mismo, aunque esta propiedad esté limitada por su causa de garantía. El Auto no se pronuncia expresamente sobre el derecho de separación de la acreedora pignoratícia (art. 918 CCom), por no ser el cauce procesal adecuado, aunque se refiere a él como la “*separatio ex iure crediti*” que “*aparentemente asiste*” a la mercantil apelante (las comillas son del Auto). En la actual Ley Concursal el acreedor garantizado no ostenta derecho de separación (art. 80 LC), pues el dinero no es un bien ajeno.

empresa abierta para este fin en Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra (en adelante, Caja de Ahorros de Navarra), bloqueada, y en la que únicamente podía realizar movimientos dicha entidad. El acuerdo administrativo que concretó la forma de las ayudas estableció: *"Características de las cuentas: Las cuentas bancarias o depósitos establecidos en el punto anterior se destinarán a garantizar las líneas de descuento que la empresa Saizar, S.A.L. tiene concertadas en esas entidades financieras por las siguientes cuantías: Caja de ahorros y Monte de Piedad de Navarra... en líneas de descuento y anticipos de facturas"* (...). Así, los 240.404,84 euros debían destinarse exclusivamente a la línea de descuento y anticipo de facturas concedidas por Caja de Ahorros de Navarra a Saizar S.A.L.

El acuerdo administrativo preveía que *"el anticipo se declarará vencido y podrán exigirse las cantidades pendientes de amortización si la empresa solicita la suspensión de pagos o quiebra"*.

Saizar S.A.L. solicitó la declaración de suspensión de pagos con posterioridad y consiguientemente el Gobierno de Navarra dictó resolución declarando vencido el anticipo y solicitando el reintegro de los depósitos establecidos para garantizar las líneas de descuento. Caja de Ahorros de Navarra presentó la liquidación de dicha cuenta y reintegró al Gobierno de Navarra la cantidad de 15.008,53 euros de los 240.404,84 euros inicialmente depositados. La entidad crediticia había utilizado el dinero, según la liquidación presentada, para finalidades distintas de aquellas para las que había sido concedido, como cancelar un aval que la propia entidad había otorgado ante el Gobierno de Navarra en garantía de una deuda tributaria de la mercantil, y otras operaciones que no eran ni la relativa a la línea de descuento ni a la del anticipo de facturas.

El Gobierno de Navarra, a la vista del uso de los fondos efectuado por Caja de Ahorros de Navarra, presentó demanda contra esta reclamando la restitución de la cantidad de 224.991,47 euros más los intereses legales devengados por la citada cantidad.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por falta de legitimación pasiva de Caja de Ahorros de Navarra, entendiendo que no existía relación jurídica alguna entre el Gobierno de Navarra y la citada Caja. En este sentido, la entidad alegaba que era totalmente ajena a la relación jurídica establecida entre la empresa en dificultades y el Gobierno de Navarra,

la cual califica de préstamo, que la cuenta estaba abierta a nombre del representante legal de la Sociedad y que en definitiva la Caja de Ahorros de Navarra no era garante, ni depositario de dicho préstamo, sino que respondía frente a Saizar S.A.L. de la misma manera que ante los miles de titulares de cuentas bancarias. Así que la Audiencia Provincial, al conocer el recurso de apelación interpuesto contra dicha sentencia, debió pronunciarse preliminarmente sobre la legitimación pasiva de la demandada, y lo hizo calificando la relación existente entre las partes como depósito en garantía (ley 474 FN).

La Audiencia Provincial consideró que la entidad crediticia había otorgado su consentimiento al depósito en garantía de forma tácita, porque conocía la realidad financiera de Saizar S.A.L., conocía los términos del acuerdo administrativo por el que se concedían las ayudas a esta empresa, que la cuenta bancaria a pesar de estar abierta a nombre de la empresa estaba bloqueada y solo la Caja podía realizar movimientos, y que conocía que solo podía destinar los fondos a hacer frente a las facturas que había previamente anticipado a la empresa y que habían resultado impagadas, o para hacer frente a los créditos que descontó dicha empresa y que no se pudieron cobrar. *“Ello, por sí solo, hace decaer de plano la alegada falta de consentimiento, según lo dispuesto en el artículo 1261.1 del Código Civil, al quedar de manifiesto la existencia no de un mero conocimiento de la realidad sino de un verdadero consentimiento del negocio jurídico que se había revelado con la concreta participación activa de la Caja en la ejecución del acuerdo administrativo”*. Considera además revelador del consentimiento contractual de Caja Navarra el hecho de que rindiera cuentas al Gobierno de Navarra. Todos estos signos llevan a la Audiencia provincial a estimar la existencia de un consentimiento “tácito” de Caja de Ahorros de Navarra en relación al depósito en garantía.

En cualquier caso, plantea la Sentencia de la Audiencia Provincial que el depósito en garantía era el establecido entre la deudora Saizar S.A.L. y su acreedora, Caja de Ahorros de Navarra, siendo el constituyente de la garantía un tercero, el Gobierno de Navarra:

*“...la figura jurídica dibujada en los acuerdos adoptados por la Administración actora y llevada posteriormente a la práctica es la siguiente: una persona (garante) deposita una determinada cantidad de dinero en una cuenta bancaria que se encuentra a nombre de un tercero (deudor), teniendo dicha cantidad la única y exclusiva finalidad de garantizar a la entidad financiera (acreedor) la línea de descuento*

*y de anticipo de facturas que esta tenía concertada con ese tercero. A juicio de esta Sala, este supuesto encuentra pleno encaje en la ley 474 del Fuero Nuevo (...)*”.

*Esto es, nos situamos de lleno en la figura jurídica del "depósito en garantía" expresamente contemplado en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, que puede conllevar el supuesto de una relación jurídica, como tantas otras, de estructura triangular, relaciones todas ellas donde discurren paralelamente su atractivo interés de análisis y su inagotable fuente de problemas. Cabe advertir que, al amparo de la ley transcrita, el depositante puede ser el propio deudor o un tercero -como es el supuesto que nos ocupa-; nada en el texto legal se opone a esta posibilidad que, para el caso del dinero, suele ofrecer cierta habitualidad como garantía de contratos bancarios.”*

La calificación de las relaciones entre las partes, en concreto entre el Gobierno de Navarra (constituyente de la garantía), Saizar S.A.L. (deudor) y Caja de Ahorros de Navarra (acreedor garantizado) como depósito en garantía plantea algunas cuestiones.

En primer lugar, se trataría en todo caso de un depósito en garantía de origen legal, surgido al amparo de lo dispuesto en Ley Foral 3/2000, para las empresas que reunieran los requisitos que allí se detallan y con los objetivos previstos en ella. El negocio no surgió del acuerdo de voluntades entre deudor y acreedor, ni entre garante y acreedor garantizado. No hay que esforzarse en localizar un consentimiento tácito en la Caja pues las condiciones del negocio eran las determinadas por la disposición legal y los acuerdos administrativos dictados en aplicación de aquella (aunque ello no desmiente en absoluto que los términos del anticipo fueran conocidos y asumidos por la Caja). La posibilidad de que el depósito en garantía (y el resto de garantías reales) tenga su origen legal está admitida expresamente por la ley 465 del Fuero Nuevo.

En segundo lugar, para que exista un depósito en garantía es necesario que el depósito de dinero responda a una finalidad de garantía de una obligación, de forma que el cumplimiento o incumplimiento de dicha obligación por el deudor determina que el depositario en garantía haya de devolver el *tantundem* de lo depositado, o pueda imputarlo al cumplimiento de la obligación incumplida.

Aplicado al supuesto concreto, resulta que no existe una verdadera obligación garantizada por el depósito efectuado por el constituyente, ni el negocio obedece a una causa de garantía. Realmente el dinero depositado por el Gobierno de Navarra no tenía como finalidad la de garantizar las facturas impagadas y la línea de descuento entre acreedor y deudor, sino precisamente servir de pago de las mismas. El Gobierno de Navarra concedió un préstamo a la mercantil deudora con una finalidad específica, la de afrontar deudas concretas con varios acreedores a cuyo pago debía dedicarse el dinero prestado. El objetivo de este préstamo no era el reforzamiento de la seguridad de estos acreedores, es decir, una causa de garantía, sino el intento de reflotar una empresa en graves dificultades económicas, que con certeza no va a poder cumplir con sus obligaciones. Ello explica que la declaración en concurso de la mercantil se consignara como causa de vencimiento del préstamo, con obligación de reintegro de las cantidades, pues ello implicaba la no consecución de tal objetivo declarado. Pero la circunstancia de la declaración en concurso no guarda relación alguna con las supuestas deudas garantizadas. Si estuviéramos ante un depósito en garantía las causas de extinción de dicho depósito debieran estar relacionadas con la extinción de la deuda garantizada. Asimismo, supondría que si Saizar S.A.L. no hiciera frente a la devolución de la línea de descuento de Caja Navarra, esta podría imputar su importe a la satisfacción de la deuda y que, en caso contrario, tendría que devolver las cantidades al constituyente de la garantía, Gobierno de Navarra, pero esto no coincide con el funcionamiento de la ayuda.

En esa línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 23 de junio de 2009 descarta, primeramente, que la relación entre Caja de Ahorros de Navarra y el Gobierno de Navarra fuera un contrato de depósito en garantía, y sostiene:

*“La sentencia recurrida no dice que haya habido un contrato expreso de depósito en garantía entre la Caja y el Gobierno de Navarra, sino que la cantidad litigiosa se ha depositado en garantía de una línea de anticipo y descuento de facturas (...) Y en consecuencia cualquiera que sea la calificación que merezca el depósito constituido, y cualquiera que sea la calificación que se dé a la relación del Gobierno de Navarra con la Caja, y aunque pudiera dudarse su calificación como depósito en garantía al no existir contrato expreso en ese sentido, resulta en todo caso indubitado que la Caja no es tercero ajeno a una relación entre Saizar y el Gobierno, sino que hay una relación comercial de mediación*

*de la Caja en la inversión de unos fondos depositados por el Gobierno de Navarra (...) depósito que se efectúa para garantizar una línea de descuento y anticipo de facturas, y existe una vinculación de la Caja con el Gobierno de Navarra en orden al correcto empleo de estos fondos, y en justificar que los fondos se invierten con la finalidad para la que fueron depositados”.*

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia centra su esfuerzo argumentativo en la especial finalidad del depósito y en el perfecto conocimiento que tenía Caja de Ahorros de Navarra del destino que debía dar a los fondos, hasta el punto de concluir que Caja de Ahorros de Navarra no era un tercero ajeno a la relación de préstamo entre Saizar S.A.L. y el Gobierno de Navarra, sino que estaba relacionada directamente con el Gobierno de Navarra, porque desde el principio había asumido el “*carácter peculiar del depósito y sus circunstancias de ayuda en crisis empresarial*”.

Así pues, y aunque el resultado final del litigio concreto fuera el mismo, pues tanto si se calificaba como depósito en garantía como si se hacía como depósito con una finalidad determinada la entidad crediticia estaba obligada a destinar los fondos exclusivamente a la finalidad, no ya pactada sino prevista legalmente, no existió entre Gobierno de Navarra y Caja de Ahorros de Navarra un depósito en garantía (ley 474 del Fuero Nuevo).

Al margen de los problemas en cuanto a la constitución y calificación de la relación en el caso concreto, es destacable que la Audiencia Provincial identifica expresamente el depósito en garantía con la figura de la prenda irregular y destaca su causa de garantía:

*El tipo de garantía denominada "depósito en garantía" y fijada en el párrafo primero de la citada ley 474 es a la que el propio Fuero Nuevo hace referencia en la ley 463 , si bien, llamándola "depósito de garantía" en la línea terminológica que lo hacía la Recopilación Privada. Y dicho tipo de garantía se corresponde con los presupuestos de la "prenda irregular", figura jurídica esta de construcción doctrinal y jurisprudencial. La causa de este "depósito" es garantizadora o, como se señalaba en la nota a la ley 486 de la Recopilación Privada "se trata de un depósito constituido con el fin de garantía, porque un depósito ordinario no puede convertirse en garantía por voluntad del depositario”.*



Igualmente reseñable es la expresa admisión de que el depósito en garantía puede constituirlo el deudor o un tercero ajeno a la obligación garantizada.

#### 4.7.3.- Resoluciones judiciales sobre la prenda irregular

En época muy temprana, el Tribunal Supremo admitió la prenda irregular, en su Sentencia de 13 de octubre de 1891, le otorgó plena eficacia real y atribuyó al acreedor pignoraticio preferencia para cobrar sobre el resto de acreedores ordinarios del deudor<sup>601</sup>. También la Sentencia de 1 de marzo de 1930 reconoció la prenda irregular como “*modalidad jurídica de la garantía prendaria que conforme al designio de la voluntad de los contratantes desfigura las normas del contrato de prenda, pero que no alterando las esenciales condiciones del vínculo de origen no privan al contrato de la eficacia que le concedieron los contratantes por actos de su libérrima voluntad*”<sup>602</sup>.

---

<sup>601</sup> Publicada en RGLJ, Jurisprudencia civil, 70, Madrid, 1892. En el caso, de acuerdo con la escritura de constitución de una Sociedad de crédito, el capital que cada socio representaba en la Compañía quedaba “hipotecado” especialmente a las obligaciones que el socio contrajera con el establecimiento. El acreedor de uno de los socios solicitó el embargo de los bienes de este socio deudor, incluida la participación en la citada Sociedad. El Tribunal Supremo, tras entender que la palabra “hipoteca” debía considerarse en su acepción vulgar como equivalente a garantía, admitió que la escritura de constitución de la Sociedad disponía a su favor de un derecho de prenda sobre el capital aportado por los socios para responder a las obligaciones que con ella contrajeran, del que “*resulta en favor de la Compañía un derecho real que por ser de este carácter y no por la indebida extensión del pacto a quien no intervino en su celebración, tiene preferencia sobre el ostentado por el recurrente*”.

<sup>602</sup> Publicada en RGLJ Jurisprudencia Civil, 193 (2º de 1930), marzo, Madrid, 1931. El deudor había librado unas letras de cambio a nombre de diferentes personas y a la orden del Banco Hispano Americano, habiendo dispuesto el librador de su cantidad, que había recibido del Banco. En garantía de la devolución, ofreció en garantía 527 acciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla, pactando que de no hacer frente a lo estipulado pudieran venderse con intervención de agente para cubrir el montante de la deuda. El acreedor pignoraticio logró inscribir las acciones a su nombre y posteriormente intentó hacer valer en la quiebra del deudor el privilegio pignoraticio, a lo que la sentencia responde que la garantía ya había sido realizada y por consiguiente, finalizada la prenda, no ostentaba el Banco ya ningún privilegio. Esta Sentencia fue criticada por Cruz, que entiende que si se constituyó una prenda regular, le faltaba el requisito del artículo 1865 del Código Civil para ser oponible frente a terceros por lo que se trataría de una “prenda con eficacia meramente obligacional”. Por otro lado, parece que para el Tribunal la facultad de disponer o apropiarse de las acciones que concede su titular al banco garantizado implicaba convertir una prenda regular en prenda irregular (lo que no era posible pues las acciones



Con posterioridad el Tribunal Supremo varió esta posición inicial y estableció que el privilegio concedido al acreedor pignoraticio presupone la existencia de una prenda, no siendo aplicable en manera alguna “*a la denominada prenda irregular mediante entrega de dinero sin especificación, tanto más que en las imposiciones a plazo fijo no concurren, como dicho queda, los elementos que convienen al contrato de prenda, a pesar de que se aluda a la suma depositada como garantía» de la apertura de crédito*” (STS de 27 de diciembre de 1985). La falta de los requisitos necesarios para encuadrar la garantía en el esquema de la prenda traía consigo la falta de privilegio del acreedor pignoraticio que recibe en garantía una cantidad de dinero (todavía no se había admitido la prenda de créditos), aunque el pacto vinculando una imposición a plazo fijo en garantía de una obligación era un contrato atípico amparado en el artículo 1255 del Código Civil, de ninguna manera nulo o anulable (SSTS de 28 de noviembre de 1989 y 10 de enero de 1991).

La pignoración de depósitos bancarios, especialmente de imposiciones a plazo fijo, fue reconducida por el Tribunal Supremo hacia la prenda de créditos<sup>603</sup>. Con todo, hay que mencionar que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha acogido la existencia de una prenda irregular en manos del acreedor en algunos supuestos concretos. Uno de ellos es el de la fianza arrendaticia, que fue calificada como “*garantía del cumplimiento de las obligaciones del arrendatario semejante a la prenda irregular*” en la Sentencia de 22 de diciembre de 2003<sup>604</sup>.

---

aparecían perfectamente individualizadas), y la facultad de apropiación de las acciones solo puede calificarse como pacto comisorio. CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág. 289.

<sup>603</sup> Ya tratado en el epígrafe 3.4.1.

La Sentencia de 11 de diciembre de 2002, no obstante, considera que existe una prenda irregular pues la garantía se había constituido en favor de un banco, sobre una imposición a plazo fijo, aunque se había articulado a través de un pagaré, que no había entrado en circulación y por tanto no podía considerarse como título valor, ni otorgar garantía real. “*Se trata de una prenda irregular, porque la entrega de un pagaré equivale a la entrega de dinero y aunque aparece amparada la operación en una imposición a plazo es con garantía de dinero efectivo*”. En tanto prenda irregular, se afirma que no conlleva privilegio alguno para el Banco y cede ante el privilegio salarial de los trabajadores.

<sup>604</sup> En el caso concreto se establece que la devolución de la cuantía entregada en concepto de fianza no implica renuncia a la reclamación que proceda contra el arrendatario, ni extinción de la obligación principal de este de devolver la cosa incólume.

En similares términos se han pronunciado las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Tenerife de 21 de marzo de 1998, de Burgos de 19 de octubre de 1998, de Barcelona de 15 de

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha afirmado también (STS de 24 de diciembre de 2001) que la obligación de constituir la fianza en manos de un tercero (en el caso concreto, el órgano competente de la Comunidad de Madrid) no conculca el artículo 31.I de la Constitución, pues en realidad no se impone al arrendador un sacrificio económico sino que *“aquellas fianzas arrendaticias se aproximan más bien, por su naturaleza jurídica, a una prenda irregular, y que la garantía pignoratícia se satisface en nuestro ordenamiento jurídico poniendo la prenda en posesión bien del acreedor o bien de un tercero (artículo 1863 del Código Civil); por tanto, cuando las normas aplicables a la cuestión debatida obligan a constituir la fianza arrendaticia en depósito, no privan al arrendador de un bien –el importe de la fianza y los rendimientos que sea capaz de generar– que necesariamente hubiera de reputarse como parte de su patrimonio”*. Esta obligación de constituir la fianza en depósito en el órgano designado por la Administración ha sido refrendada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su Decisión de 3 de febrero de 2004, Caso Polvillo e Hijos S.A. contra España, consideró que no se vulneraba el derecho a la propiedad privada por esta obligación legal, apoyando los pronunciamientos previos del Tribunal Supremo.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 26 de diciembre de 2012 emplea indistintamente los términos “fianza” y “depósito en garantía” refiriéndose a la garantía exigida al arrendador por la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la misma línea que ha seguido el Tribunal Supremo y otras Audiencias Provinciales, de equiparar esa fianza con la prenda irregular.

En el contexto de un contrato de obra, las cantidades retenidas (3%) por la propietaria de la obra del importe de las certificaciones periódicas en concepto de garantía de los posibles desperfectos que pudieran surgir una vez terminada la obra y en el plazo de 14 meses desde la recepción provisional fueron calificadas como depósito en garantía por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2011. Al igual que ocurre con la fianza arrendaticia, se establece que no procede la devolución de cantidad alguna si

---

junio de 1999, de Zaragoza de 28 de junio de 1999, de Córdoba de 3 de julio de 2000, de Barcelona de 11 de diciembre de 2006, de Oviedo de 26 de marzo de 2009 (también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 13 de diciembre de 2012, aunque refiriéndose a un arrendamiento de una máquina).

existen desperfectos y malas ejecuciones, puesto que la función del depósito es la de asegurar el cumplimiento y buena ejecución de los trabajos.

Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 22 de noviembre de 2013 resuelve la reclamación de una constructora en relación a un contrato de obra en el que se había pactado un “depósito en garantía” del cumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista<sup>605</sup>: La sentencia justifica la retención de las cantidades depositadas en garantía por el dueño de la obra ante la existencia acreditada de defectos en la obra. Como la obligación garantizada era una obligación de hacer, se establece que ante su incumplimiento procedía realizar una valoración del mismo, o, como se había pactado en este caso, la dueña de la obra podría contratar una empresa que ejecutara las reparaciones a costa de las retenciones de la contratista.

En principio la ley 474 del Fuero Nuevo exige la entrega de las cantidades con finalidad de garantía, mientras que en este supuesto existe una “retención” de una suma de dinero. Ello se enmarca en un contrato bilateral

---

<sup>605</sup> La cláusula en cuestión establecía: *"la propiedad retendrá el importe correspondiente al cinco por ciento (5%) del coste efectivo de cada certificación de obra o fase de ejecución material, en concepto de depósito en garantía del cumplimiento de las obligaciones legales no aseguradas y contractuales de la contratista, así como, en su caso, de la reparación de defectos observados en acta de recepción, de cuantas cantidades deba satisfacer por retraso en la entrega de las obras, de la indemnización en caso de abandono, y de cualquier otra responsabilidad de la contratista dimanante del presente contrato que no se haya previsto en el mismo expresamente . Después de la recepción provisional si no hubiera incidencias podrá sustituirse por aval bancario. El importe retenido de cada certificación, será devuelto a la contratista transcurrido un año desde el día de la recepción de la obra, en caso de no existir reclamaciones pendientes contra el contratista por incumplimiento de este contrato, o de obligaciones frente a terceros en relación con el presente contrato y obra que pudieran derivarse en reclamación a la propiedad. Dichas retenciones y/o certificaciones pendientes de vencimiento, podrán ser ejecutadas por la propiedad en el supuesto de informe desfavorable de la Dirección Facultativa de la obra durante el plazo de garantía señalado, siempre que la contratista no se avenga a iniciar, en el plazo de quince días desde su requerimiento, o no las realice en el plazo y condiciones determinados por la Dirección de Obra, las reparaciones, arreglos o modificaciones requeridas por la Dirección facultativa de la obra para la adecuación de las obras a los términos del presente contrato y demás documentación referida en el mismo, de conformidad con sus Anexos y modificaciones necesarias. En tales casos y sin ulterior preaviso, la propiedad queda facultada para la contratación de empresa que realice las reparaciones, arreglos o modificaciones requeridos, a costa de las retenciones de la contratista y otros pagos pendientes de vencimiento. Las citadas retenciones y/o certificaciones pendientes de vencimiento responderán del retraso en la terminación de las obras contratadas, de conformidad con lo pactado en el presente contrato, responsabilizándose la contratista en el caso de exceso de importe que el retraso suponga sobre el valor garantizado".*

de obra, en el que resulta que el dueño de la obra, deudor del precio, también es acreedor de la obligación de hacer por parte del contratista. Para cumplimiento de esta obligación, se descuenta parte del precio a pagar, y el acreedor conserva la propiedad de ese dinero. La entrega física del dinero por parte del deudor al acreedor se sustituye por la retención de la propiedad por parte de este, constituyéndose un depósito de dinero en manos del acreedor, de la misma manera que cuando se produce su entrega física, por lo que entendemos encuadrable este supuesto en el ámbito de la ley 474 del Fuero Nuevo.

Mucho más abundante es la casuística en las resoluciones de las Audiencias Provinciales. Además de la ya aludida identificación de la fianza prevista por la Ley de Arrendamientos Urbanos con la prenda irregular, se ha apreciado la existencia de un depósito de garantía en la retención de cantidades por el propietario de una obra en garantía de la correcta ejecución de la misma (Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 7 de diciembre de 1998, entre otras). También se ha calificado de depósito en garantía las cantidades entregadas en el marco de un contrato de *leasing* para garantizar la devolución del contrato en caso de no ejercicio de la opción de compra (Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 de junio de 2000) o del pago de las cuotas vencidas no satisfechas (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2002). También en el marco de un contrato de opción de compra (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de noviembre de 1997), o de un contrato de compraventa, poniéndose los fondos en manos de un tercero (Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de febrero de 2013 y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de enero de 2004).

Más en general, se define el depósito en garantía como dinero entregado o depositado en garantía de una obligación (Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de enero de 1997 y de la Audiencia Provincial de Zamora de 21 de noviembre de 2012).

Es comúnmente aceptado que el depósito en garantía no se considera un depósito, ni genera por tanto obligación de conservar el dinero (Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 13 de diciembre de 2002). Al contrario, el dinero pasa a propiedad del depositario, que puede disponer de él (Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón de 26 de septiembre

de 2008 y de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 30 de julio de 2012)<sup>606</sup>.

Tampoco se considera que la entrega de dinero en garantía tenga función solutoria (Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de noviembre de 1997, de la Audiencia Provincial de Tarragona de 5 de octubre de 2000<sup>607</sup>).

#### 4.8.- Implicaciones penales

La constitución de un depósito en garantía supone para el depositario la adquisición de la propiedad sobre una cantidad de dinero o bienes fungibles, debiendo restituir una cantidad igual a la recibida en caso de cumplimiento de la obligación por el deudor principal. Por ello, llegado el momento de restituir, de no cumplir con dicha obligación y al margen de las

---

<sup>606</sup> Pueden traerse a colación las afirmaciones contenidas en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de junio de 2001, aunque en realidad los hechos podrían encuadrarse como depósito en garantía en manos de tercero. El vendedor, para garantizar al comprador la cancelación de una carga hipotecaria, depositó en una entidad bancaria el importe al que ascendía la deuda a cancelar. El depósito en garantía se instrumentalizó en una cuenta corriente abierta a tal fin en la entidad Bancaja, en la que debía permanecer el dinero hasta que se acreditara la cancelación de la carga por el vendedor. También se afirma que lo que se pignoró es el derecho de crédito derivado del depósito efectuado en Bancaja. La demanda se inicia por la vendedora, que reclama de Bancaja el pago de los intereses desde la constitución de la imposición. Pues bien, se descarta que la naturaleza del depósito en la entidad bancaria sea la de un depósito, ni siquiera irregular, con los siguientes argumentos:

*“ciertamente es más que dudosa la calificación del negocio como contrato complejo de depósito en cuenta corriente con garantía pignoratícia, pues lo cierto es que resulta tan desnaturalizado el depósito que prácticamente no cabe afirmar su existencia, dado que 1º) Se constituye en beneficio directo de la entidad bancaria depositaria, ya que como afirma la propia parte actora, Bancaja, no estaba dispuesta a conceder el préstamo para la operación de venta sino se garantizaba el pago de la carga inscrita; 2º) El derecho de devolución del depósito cuando la depositante lo pida, fue inexistente desde el primer momento; 3º) Aquí sí que se constituyó en la misma escritura la garantía prendaria, y 4º) Tampoco consta que la entidad bancaria respecto de la cuenta corriente, realizara el servicio adicional que identifica el contrato de cuenta corriente bancaria, ya que los movimientos de la misma se circunscriben al depósito de la cantidad, de modo que puede afirmarse que la cuenta corriente no constituye aquí un contrato autónomo sino un soporte del contrato generado por las partes”.*

<sup>607</sup> En el supuesto resuelto por la Audiencia Provincial de Sevilla de 17 de septiembre de 2007 se consideró probado que se había producido una novación del depósito en garantía, que por voluntad de las partes se tornó en pago.

consecuencias civiles, este hecho sería constitutivo de un delito de apropiación indebida<sup>608</sup>.

Existen algunos pronunciamientos judiciales sobre la comisión de dicho delito en relación a la “apropiación” y uso por el depositario de las cantidades entregadas en garantía, que además de precisar cuándo puede existir un delito de apropiación indebida ayudan a establecer los contornos y efectos de la prenda irregular, o depósito en garantía según la denominación navarra.

El primero de estos supuestos tiene que ver con una compleja causa instruida por la Audiencia Nacional en 1997 en la que se enjuició la posible comisión de varios delitos, pero que tiene su origen en los depósitos en garantía entregados por los clientes a Canal Plus al contratar el servicio de televisión. En efecto, la sociedad Canal Plus, desde 1990, recibió de cada cliente una cantidad en concepto de depósito en garantía. Según las condiciones del contrato, dicha cantidad le sería devuelta al cliente directamente por Canal Plus a la finalización del servicio, previa devolución del codificador en perfecto estado por parte de aquel. En caso de no devolución o deterioro, no procedería la restitución del dinero, o lo haría en cuantía proporcional a los daños. En 1991 Canal Plus cedió la cuantía de los depósitos en garantía a una nueva entidad, Sociedad de Gestión del Cable, S.A. (en adelante, Sogecable), figurando a partir de entonces en el pasivo de esta segunda entidad y utilizándose como forma de financiación. Estos y otros hechos, que no son relevantes en lo que aquí interesa, dieron lugar a la incoación por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional de una causa contra algunos directivos de ambas sociedades, por la presunta

---

<sup>608</sup> Tipifica el artículo 253 del Código Penal (redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo)

*1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.*

*2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.*

Aunque nos referimos a la prenda irregular constituida en manos del acreedor, la posible comisión de un delito de apropiación indebida también se plantea cuando el dinero se entregue a un tercero, pues el artículo 253 del Código Penal tipifica la apropiación o distracción de dinero recibido por cualquier título que produzca obligación de restituirlo.

comisión de varios delitos, entre ellos, el de apropiación indebida, por la distracción de los depósitos de los abonados, al darles un destino distinto al exigido por la relación jurídica preexistente nacida del contrato de suscripción, con ánimo de beneficio, según resulta de haberlos empleado en la financiación gratuita de la sociedad y por haber permitido el reparto de dividendos en una sociedad al borde de la disolución obligatoria por su insuficiencia de fondos<sup>609</sup>.

Pues bien, el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 1997 contiene interesantes afirmaciones sobre la naturaleza y efectos de los depósitos en garantía<sup>610</sup>. En primer lugar descarta que el depósito en garantía constituya un auténtico depósito como se había interpretado por el Juzgado Central de Instrucción. La intención de las partes no fue contratar un depósito en el que existe la obligación de conservar y custodiar el dinero, sino que lo principal en el depósito de garantía es precisamente la garantía, habiéndose pactado una entrega de dinero para garantizar la devolución del adaptador cuando terminara el contrato. Y califica el negocio y sus efectos de la siguiente manera:

*“En la mente del suscriptor no está pues presente que Canal Plus tenga que inmovilizar la cantidad recibida, sino solo la obligación de Canal Plus de reintegro en las condiciones señaladas.*

*Lo que se pacta es una fianza en metálico, y no un depósito específico, por tanto huelga hablar de la obligación de inmovilización de las cantidades”.*

---

<sup>609</sup> Un resumen de los hechos y los delitos imputados puede verse en el Auto de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 1997.

<sup>610</sup> Por notas publicadas en la prensa nacional (por ejemplo, noticia de El País de 8 de mayo de 1997), se conoce que los catedráticos Albaladejo y Díez-Picazo emitieron sendos informes sobre la naturaleza del depósito en garantía. Según se refiere en dicha noticia, Albaladejo excluye que la operación de entrega de dinero por parte de los clientes pueda entenderse como un depósito, tal como lo configuran el Código Civil o el Código de Comercio, “*ni se rige por las reglas de este, ni impone sus obligaciones, ni hay depósito que pueda quebrantarse*”. A pesar de la denominación “depósito” se define ese dinero como “*una entrega en garantía, o fianza en metálico, o prenda irregular*”, que transfiere la propiedad a la empresa que las recibe, que puede disponer de ellas sin obligación de dar rendimiento o interés. En similares términos se expresó, según la citada noticia, Díez-Picazo, que rechaza la existencia de un verdadero depósito y define también la entrega como una prenda irregular, con una clara función de garantía. No ha sido posible acceder al texto de estos dictámenes, ni se encuentran publicados.



En consecuencia, la conducta de transferir las cantidades a Sogecable o la utilización de las fianzas en metálico “no son típicas pues no hay obligación de guarda y custodia, sino solo de reintegro”, descartando que exista delito de apropiación indebida. Se confirma así que el depositario de la garantía tiene la libre disposición de los fondos, sujeto simplemente a una eventual obligación de restitución.

Otro supuesto de posible apropiación indebida enjuiciado, en este caso, por el Tribunal Supremo, es el resuelto en la Sentencia de la Sala Segunda de 24 de octubre de 2012. El acusado era administrador único de una mercantil titular de la concesión de distribución exclusiva de la prensa y principales revistas en la provincia de León. Para garantizar las relaciones comerciales entre su empresa distribuidora y los kioscos o establecimientos destinados a la venta de dicha prensa y revistas, procedió a formalizar el pago de una fianza con cada uno de dichos establecimientos, entre los años 1988 a 2005. Esta fianza debía servir como resarcimiento ante una posible deuda de los establecimientos frente a la distribuidora y hasta la ruptura de la relación comercial. La Asociación de Vendedores de Prensa de León, en la que se integraban parte de dichos establecimientos, consciente de la mala situación económica de la empresa distribuidora, intentó sin éxito que esta sustituyera el importe de las fianzas por avales bancarios. Con posterioridad, una nueva empresa se hizo cargo de la distribución de prensa y revistas, ante lo cual tanto la Asociación como otros establecimientos requirieron al acusado para que les devolviese el importe de las fianzas prestadas que ascendía al parecer a un total de 152.415,06 euros lo que, obviamente, no efectuó y dio lugar a la correspondiente iniciación de un procedimiento penal a instancia de algunos de los deudores del exdistribuidor.

En primer lugar es de destacar la existencia de los presupuestos para calificar la entrega de dinero por parte de los establecimientos al distribuidor como prenda irregular: existe una obligación principal cuyo posible incumplimiento se garantiza, constituida por la obligación de pago derivada del contrato de distribución de prensa por parte de los establecimientos, siendo cada establecimiento deudor en dicha relación y el distribuidor acreedor. Al recibir el dinero, el distribuidor adquiría la propiedad del mismo, con obligación de restituir otro tanto en caso de cumplimiento por parte de los establecimientos, al final de la relación comercial. En caso de incumplimiento, las cantidades pendientes se retraerían de la cantidad entregada como fianza. Así lo entiende el Tribunal Supremo, que considera:



*“En el presente caso nos hallamos ante una serie de operaciones de las que se denominan "fianzas monetarias" y que, en realidad, la dogmática civil identifica con la "prenda irregular", entre otras cosas, es decir, aquella garantía real pignoratícia que tiene como peculiaridad el hecho de que la garantía la constituyen bienes fungibles, como el dinero, con lo que se distingue de la "prenda regular" en que en el momento de su constitución y entrega se transmite la propiedad de lo pignorado, surgiendo a cambio la obligación de devolver no la cosa recibida sino otra equivalente de la misma especie y en igual cantidad.”*

Ciertamente, la entrega del dinero produce la transmisión de la propiedad sobre el mismo al propio acusado, por lo que el Tribunal Supremo entiende paradójico establecer un *“impedimento, bajo sanción penal, para que disponga el titular de un patrimonio de parte de este, cuando lo que contrajo con su adquisición fue tan solo la obligación de devolver, en un momento posterior, unas cantidades semejantes a las recibidas, pero dependiendo, en todo caso, del resultado de las relaciones que mantenga con quien le entregó, como garantía del buen fin de estas, aquellas cantidades”*<sup>611</sup>.

No se había acreditado en el procedimiento penal la existencia de las oportunas liquidaciones entre el acusado y cada uno de los establecimientos, en el marco de la relación de distribución continuada de productos, de la que podría derivar una pluralidad de obligaciones recíprocas, siendo necesaria dicha liquidación para *“excluir cualquier derecho de retención o compensación que pudiera asistir a quien recibió las garantías”*, lo que hace que la cuestión haya de quedar al margen de la norma penal. En tanto no se calcule la eventual cantidad a devolver por parte del depositario al

---

<sup>611</sup> La sentencia comenta que la figura de la *“distracción”* de lo fungible, como forma del delito de apropiación indebida, se ha aplicado a supuestos de administración de dinero ajeno, *“sin que encontremos ningún precedente jurisprudencial relativo a la garantía pignoratícia, sin duda por la complejidad de la relación que con ella se establece y que dificulta aún más la claridad de la afirmación de que se haya distraído dolosamente un dinero que ha habido ingresado en el patrimonio del receptor, aunque existiera una obligación futura de devolución de su equivalente”*. Desconoce el Tribunal el pronunciamiento de la Audiencia Nacional en el supuesto de los depósitos en garantía de Canal+, en la misma línea de lo defendido en esta resolución, aunque en aquella ocasión se trataba de un Auto.

depositante, si es que la cuantía de la fianza es superior a las deudas pendientes, no existe en el depositario un ánimo de apropiarse ilícitamente de cantidad alguna a través de su no devolución.

Concluye la sentencia que más que el ánimo apropiatorio de las cantidades entregadas como garantía por parte del acusado, lo que existe es una supuesta imposibilidad de devolver las cantidades sobre las que dispuso, por lo que falta el elemento subjetivo de la voluntad ilícita del delito de apropiación indebida, al margen por supuesto del ejercicio de las oportunas acciones civiles para recuperar las cantidades que en su día entregaron.

Las resoluciones comentadas confirman que los depósitos en garantía o fianzas en metálico producen la transmisión de la propiedad al *accipiens*, que puede dar al dinero el destino que desee pues forma parte de su patrimonio, sin que ello suponga la comisión de un delito de apropiación indebida. Concluida la obligación para cuya garantía se constituyó, ha de liquidarse la relación principal y, mientras tanto, el *accipiens* ostenta un derecho de retención sobre las cantidades entregadas, hasta que se calcule la eventual cantidad que ha de restituir el depositario al constituyente de la garantía. Más que la existencia de un derecho de retención, puede afirmarse que no se ha determinado aún la cuantía del incumplimiento que afecta a la obligación principal (si es que este existe), por lo que no se puede realizar todavía la operación contable en la que culmina el mecanismo satisfactivo de la prenda irregular.

## **CAPÍTULO III.- EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DE TERCERO (LEY 474.II FN)**

### **1.- Elementos del depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN)**

En el primer Capítulo se puso de manifiesto que ambos párrafos de la ley 474 de la Compilación tienen un origen común, y que la pretensión del legislador navarro fue que el depósito en garantía en manos de tercero constituyera una simple modalidad del depósito en garantía en manos del acreedor, influenciado probablemente por la jurisprudencia italiana, que admitía la prenda irregular en manos de un tercero, o por la práctica jurídica.

Ello explica que ambas figuras compartan gran parte de sus elementos. El objeto sobre el que recae el depósito en garantía, se constituya en manos del acreedor o de un tercero, ha de ser dinero o cosas fungibles, y, en ambos casos el negocio tiene carácter real y traslativo de la propiedad<sup>612</sup>. El depósito en garantía en manos de tercero desempeña, a primera vista, una finalidad de garantía y por tanto comparte esta causa objetiva con el depósito en garantía

---

<sup>612</sup> Se concluye así de la interpretación sistemática de los dos párrafos de la ley 474 del Fuero Nuevo. Si se leyera aisladamente el segundo párrafo, que no menciona de forma expresa la adquisición de la propiedad por el depositario en garantía, cabría plantear la posibilidad de que el depositario no adquiriera la propiedad de las cosas, constituyéndose un depósito ordinario, pero se estima que no fue esa la intención del legislador: en primer lugar, la ley 474.II del Fuero Nuevo no menciona ningún procedimiento de individualización o especificación de las cosas fungibles entregadas y a falta de este el Fuero Nuevo presume que las partes quieren la transmisión de la propiedad (ya tratado en el Capítulo II, 3.7.1); en segundo lugar, el depósito de cosa específica que ha de restituirse a un sujeto alternativamente determinado está contemplado en la ley 548.1.a) del Fuero Nuevo, para el caso de que acreedor y deudor participen en la conclusión del contrato. Si el acreedor no interviniera en el contrato constituye una figura atípica pero que comparte la misma función de garantía que este secuestro convencional (ley 548.1.a) FN), que, como se podrá comprobar, no es idéntica a la del depósito en garantía (ley 474.II FN); por último, es más coherente la interpretación sistemática de ambos párrafos de la ley 474 del Fuero Nuevo.

en manos del acreedor. Así se infiere del inicio de la ley (“*Para garantía del cumplimiento de una obligación...*”) y del hecho de que el tercero quede obligado a entregar el dinero o bienes fungibles al acreedor o a restituirlo al depositante, según se verifique o no el incumplimiento de la obligación garantizada. De esto se desprende también que existe un vínculo de accesoriedad entre la obligación principal y el depósito en garantía en manos del tercero. Por otro lado, desde la perspectiva del depositario en garantía, cuando esta posición es ocupada por un tercero ajeno al acreedor, la obligación de restitución del depositario no es eventual, sino cierta, aunque el sujeto al que deberá restituir el *tantundem* es alternativamente determinado. Ello no excluye, todavía, que la causa de la atribución de la propiedad sobre el dinero o cosa fungible sea la garantía, puesto que la entrega se efectúa para asegurar una obligación, y es el cumplimiento o incumplimiento de dicha obligación principal lo que justifica la determinación del sujeto que ha de recibir el dinero de manos del depositario.

Sin embargo, no puede dejar de observarse que, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor no puede compensar directamente su crédito insatisfecho con el valor del dinero o bienes fungibles, pues no se le han entregado a él sino a un tercero. El acreedor habrá de reclamar esta entrega al depositario, y solo una vez recibido de este el *tantundem* de los bienes entregados se producirá la compensación entre su valor y el de la obligación principal. Obviamente el acreedor se arriesga a que el depositario no quiera o no pueda cumplir su obligación de entrega, planteándose entonces si el acreedor ostenta algún tipo de preferencia para ir contra su patrimonio y si se produce la afección de las cosas al cumplimiento de la obligación principal propia de las garantías reales. Desde luego el acreedor no obtiene el mismo grado de seguridad que cuando el dinero o cosas fungibles se ponen en sus manos y ocupa la posición de depositario en garantía.

Por otra parte, el Fuero Nuevo es el único cuerpo legal de los examinados que regula en una misma disposición la posibilidad de que para garantía de una obligación se entregue dinero o bienes fungibles tanto al acreedor como a un tercero, lo cual, unido al interrogante sobre los efectos del depósito en garantía en manos de tercero, suscita dudas en cuanto a la posibilidad de que ambas figuras compartan la misma naturaleza jurídica<sup>613</sup>.

---

<sup>613</sup> Dudas que justificaron su análisis en Capítulos separados.

El hilo conductor de este Capítulo será entonces determinar si el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) ofrece al acreedor el reforzamiento de su posición ante el incumplimiento del deudor propio de las garantías, y, en su caso, a través de qué tipo de mecanismo.

## 2.- El depósito en garantía en manos de tercero en el sistema de garantías reales del Fuero Nuevo

### 2.1.- La prenda irregular en manos de tercero

En el Capítulo anterior se concluyó que el depósito en garantía en manos del acreedor constituye una figura autónoma de garantía real, que se sirve del derecho de propiedad para otorgar al acreedor exclusividad para el cobro sobre el dinero o cosas fungibles que se le entregan en garantía, y que coincide con la figura que se conoce habitualmente como prenda irregular.

Como ha sido ya apuntado, existía una línea doctrinal y jurisprudencial en Italia, anterior a la elaboración del Fuero Nuevo, que defendía que la prenda irregular también era susceptible de constituirse en manos de un tercero<sup>614</sup>, a través de la vinculación o *collegamento* entre una prenda irregular y un contrato de depósito irregular.

RUBINO lo explicó diciendo que cuando la cosa se entrega a un tercero con finalidad de garantía se determina una relación trilateral<sup>615</sup>. Entre el depositante y el tercero-depositario hay un depósito irregular. El tercero asume la obligación de no restituir al constituyente o al acreedor aisladamente el *tantumdem* hasta que el crédito haya vencido. Si el crédito se incumple el

---

<sup>614</sup> Cruz y Díaz-Brito se refieren a este supuesto como prenda irregular “con intervención” de tercero. CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág. 197 y sig. DÍAZ BRITO, F. J. “Prenda irregular con intervención de tercero: ¿garantía real?”, en el vol. col. dirigido por CABANILLAS SÁNCHEZ, A. y otros, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Civitas, 2003, pág. 3685.

Entendemos que esta denominación puede inducir a confusión, puesto que el tercero podría ser un sujeto distinto al deudor que interviene como constituyente de la garantía. Es preferible la expresión “en manos de tercero” o “en poder de un tercero”, que deja clara la posición del tercero como receptor de la cosa, además de ser esta última la utilizada por la ley 474.II del Fuero Nuevo.

<sup>615</sup> Es más, si el constituyente no es el deudor sino un tercero sería una relación entre cuatro sujetos.

tercero tiene la obligación de entregar el *tantundem* al acreedor, y desde ese momento el mecanismo se desenvuelve entre este y el deudor de la misma forma que cuando la entrega se hace desde el principio directamente al acreedor; en otro caso, el tercero tiene la obligación de restituir el *tantundem* al constituyente<sup>616</sup>.

Esta tesis también ha encontrado refrendo más recientemente. Afirma GATTI que la presencia de un tercero produce una modificación relativa al mecanismo operativo de la prenda irregular, pero no altera su esquema negocial principal. La conclusión del depósito irregular con sujeto distinto del acreedor garantizado hace que la propiedad de la cosa depositada se transmita al depositario. En dicho contrato de depósito hay una cláusula que impone al depositario restituir el *tantundem* al deudor cumplidor o, en caso de incumplimiento, entregarlo al acreedor. Se admite que la prenda irregular no produce el efecto traslativo en favor del acreedor inmediatamente, pero consiente que este efecto se realice eventualmente en un momento sucesivo, una vez verificado el incumplimiento. Así, para el citado autor el título que justifica el derecho del deudor de readquirir la propiedad de la cosa fungible en caso de cumplimiento, así como la adquisición del acreedor garantizado en caso contrario, lo constituye siempre la prenda irregular<sup>617</sup>.

CRUZ ha compartido en nuestro país esta tesis de que la prenda irregular en manos de tercero se constituye mediante la unión de un depósito irregular y una prenda irregular<sup>618</sup>. Apunta que este depósito puede ser un depósito entre garante y depositario, con sujeto de restitución alternativamente determinado, según el cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal, que se articula como contrato a favor de tercero en el que el beneficiario es (eventualmente) el acreedor garantizado<sup>619</sup>. La utilidad de una prenda irregular así constituida se encuentra en la protección de los intereses del deudor constituyente, que confía más en la solvencia del tercero que en la del acreedor<sup>620</sup>. Ante el incumplimiento del crédito garantizado

---

<sup>616</sup>RUBINO, D. “Il pegno”, cit., pág. 219.

<sup>617</sup>GATTI, S. “Pegno irregolare e fallimento del debitore”, cit., págs. 8-10.

<sup>618</sup>CRUZ MORENO, M. *La prenda irregular*, cit., pág. 198 y sig.

<sup>619</sup> Acepta que pueda celebrarse como un depósito con varios depositantes, si concurren a su formalización garante y acreedor.

<sup>620</sup> Además de Cruz, también lo afirma DÍAZ BRITO, F. J. “Prenda irregular con intervención de tercero...”, cit., pág. 3685. Este autor añade el interés del acreedor de evitar incomodidades por la recepción de una cantidad de dinero que luego tendrá que restituir.

nace, a favor del acreedor, el crédito restitutorio derivado del depósito. Procederá aquel a su cobro e imputará la parte necesaria a la satisfacción de su crédito, quedando obligado a restituir al deudor el *tantundem* correspondiente al eventual exceso. Se cuestiona la autora por qué si el acreedor garantizado es el titular del crédito restitutorio nacido del depósito, ha de devolver el exceso al deudor, pues si fuera el verdadero titular del crédito le correspondería su cobro íntegro. Y afirma que solo puede disiparse la duda si se entiende que la transmisión de la propiedad a manos del depositario (prevista en el contrato de prenda irregular) y efectuada mediante el depósito obedece a la misma causa que la transmisión de la propiedad realizada en virtud del contrato de prenda irregular, esto es, a una causa de garantía.

Sin embargo, la prenda irregular en manos de tercero fue rechazada tanto por los defensores de la teoría de la *causa solvendi*, como por los de la *causa credendi*, afirmando que la entrega a un tercero impide la constitución de una prenda irregular.

DALMARTELLO, defensor de la primera de las citadas teorías, subraya que si bien durante la fase de seguridad la situación para el acreedor puede considerarse similar a la que se produce cuando es él quien recibe el dinero, llegado el momento de realización de la garantía se pone de manifiesto su diferente funcionamiento pues si el dinero fue entregado a un tercero el efecto solutorio desaparece. El acreedor no puede apropiarse definitivamente del valor del dinero entregado, sino que ha de reclamar la entrega del dinero al depositario<sup>621</sup>.

Si se acepta la teoría de la causa *credendi* como justificación para la transmisión de la propiedad, fallan los presupuestos subjetivos necesarios para que se produzca la compensación<sup>622</sup>. Por ello se concluye que la prenda irregular presupone la coincidencia subjetiva de acreedor pignoraticio y del constituyente, prohibiendo el recurso a terceros<sup>623</sup>.

---

<sup>621</sup> DALMARTELLO, A. “Pegno irregolare”, cit., pág. 804.

<sup>622</sup> Lo pone de manifiesto el propio DALMARTELLO, A. “Pegno irregolare”, cit., pág. 804, con cita de otros.

<sup>623</sup> Así, GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., págs. 537-539. RAMOS ALVES. *Do penhor*, cit., pág. 252.

La configuración del depósito en garantía en manos de tercero (o prenda irregular en manos de tercero, según la terminología más comúnmente utilizada en otros ordenamientos) como vinculación entre una prenda irregular y un contrato de depósito irregular, en efecto, no nos parece aceptable. Se da la circunstancia de que en ese caso la transmisión de la propiedad al depositario la produciría precisamente el depósito irregular, y por ello la causa de dicha atribución sería la custodia del dinero en beneficio del depositante<sup>624</sup>. Sin embargo la entrega al tercero no se hace en interés del depositante (o al menos no en su interés exclusivo) sino del acreedor, ni puede recuperar aquel el dinero a su conveniencia, como sería propio de un depósito irregular. La finalidad de garantía del negocio hace que el sujeto al que se ha de restituir el dinero sea bien el acreedor, bien el deudor, en función de si se cumple o no la obligación principal. A pesar de secundar la construcción italiana, paradójicamente CRUZ admite que la causa de la atribución de la propiedad es una causa de garantía, y esta interesa primordialmente al acreedor, no al deudor<sup>625</sup>. Las circunstancias citadas contradicen la idea de que exista un auténtico depósito irregular.

El otro pilar de esta construcción es que este “depósito irregular” se vincula con una prenda irregular, pero tampoco es posible defender la existencia de una prenda irregular, pues fallan sus presupuestos, entre los cuales se encuentra la adquisición de la propiedad por el acreedor, y su exclusividad para el cobro sobre el valor de lo entregado (mediante una compensación en sentido impropio u operación contable en el momento del incumplimiento de la obligación principal). Cuando el dinero se entrega a un tercero, el acreedor no adquiere su propiedad, ni goza de exclusividad. En caso de incumplimiento de la obligación principal reclamará al depositario la entrega del *tantundem* del dinero o bienes fungibles entregados, lo que dista mucho del mecanismo satisfactivo propio de la prenda irregular.

Descartada la posibilidad de compensación ante el incumplimiento del deudor, por haberse adquirido la propiedad de las cosas por un tercero, hay que reconocer que la supuesta existencia de una prenda irregular no le conferiría al acreedor derecho de preferencia ni defensa especial alguna ante

---

<sup>624</sup> Más adelante se profundizará en la función que cumple la entrega de dinero o bienes fungibles al tercero, para determinar si es la custodia o la garantía.

<sup>625</sup> No se está descartando que la causa de la atribución de la propiedad sea una causa de garantía. Únicamente se rechaza la existencia de un depósito irregular unido a una prenda irregular.



## 2.- El depósito en garantía en manos de tercero en el sistema de garantías reales del Fuero Nuevo

el incumplimiento o insolvencia del depositario<sup>626</sup>. La situación del acreedor ante esta eventualidad no difiere de la que afrontaría si no hubiera existido la garantía y tuviera que reclamar al deudor: el acreedor ostenta un derecho de crédito frente al depositario, que no es privilegiado. Sin perjuicio de la profundización sobre el efecto que tiene la entrega a un tercero para la seguridad del acreedor, la única diferencia *a priori* es que este (y también el deudor) confía en la mayor solvencia del depositario. Los partidarios de configurar la prenda irregular en manos de tercero como una prenda irregular coligada con un depósito irregular no explican cómo se desenvuelve la supuesta prenda irregular cuando el depositario no cumple su obligación de entregar al acreedor, o cuando aquel ha devenido insolvente. No se explicita cómo se materializa la afección del dinero entregado al tercero al cumplimiento de la obligación garantizada y por tanto cómo se le confiere garantía al acreedor. Únicamente afirman que cuando el acreedor recibe el dinero de manos del depositario se produce la compensación propia de la prenda irregular.

La consideración del tercero en cuyas manos se deposita el objeto pignorado como depositario tiene sentido cuando se ha constituido sobre el mismo una prenda ordinaria<sup>627</sup>. Con la entrega de la cosa a este tercero se

---

<sup>626</sup> Díaz-Brito rechaza que la prenda irregular en manos de tercero constituya por ello una garantía real. DÍAZ BRITO, F. J. “Prenda irregular con intervención de tercero...”, cit., págs. 3693-3696.

<sup>627</sup> El Código Civil en su artículo 1863 permite que la prenda se constituya en manos de un tercero, que recibirá la posesión del objeto pignorado. La ley 468 del Fuero Nuevo guarda silencio sobre esta posibilidad, pero el texto de la disposición lo permite, de acuerdo con OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1578. En efecto, la ley dispone: “*La prenda se constituye por entrega de la posesión de la cosa mueble o inmueble*” sin restringir el sujeto de la entrega.

En cuanto a la situación del tercero, señala Guilarte que entre la doctrina extranjera goza de cierto predominio la posición que entiende que queda vinculado por un verdadero contrato de depósito. Para él, el tercer poseedor se encuentra “*en una situación de cierta especialidad, pero muy próxima a la del depositario, o si se prefiere a la del secuestratario*”. Recibe la cosa y asume la obligación de custodiarla en beneficio del acreedor y del constituyente, armonizando los intereses contrapuestos de los contratantes mientras no ha vencido la obligación principal garantizada. GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., págs. 495-500. Además de Guilarte, sostienen que la posición del tercero es la misma o similar a la del depositario LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros. *Elementos de Derecho Civil III. 2*, cit., pág. 213 y CORDERO LOBATO, E. “Artículos 1857 a 1872”, en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (director), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pág. 12781. En cambio, Pérez González y Alguer entienden que el tercero es poseedor inmediato y el acreedor

cumple el requisito de la desposesión del constituyente que exigen tanto el Fuero Nuevo como el Código Civil, y, al mismo tiempo, se crea válidamente el derecho real de prenda, conservando el acreedor intactas sus facultades de instar la venta del bien y cobrar con preferencia. El tercero-depositario debe conservar la cosa para entregarla al sujeto que corresponda, que quedará determinado según el contrato de prenda subyacente. El objeto pignorado está a salvo de los posibles acreedores del depositario, pues a este se le transmite únicamente la posesión del objeto, y, al igual que cuando se encuentra en manos del acreedor, dispone este de una tercería de mejor derecho para la defensa de su prioridad frente a aquellos. Es cierto pues que la intervención del tercero no altera el derecho real de garantía (aunque indudablemente añade complejidad en las relaciones entre los intervinientes)<sup>628</sup>.

---

sigue siendo poseedor mediato. Anotaciones a *Tratado de Derecho Civil*, ENNECERUS, KIPP Y WOLFF, Tomo III, Vol. 2, pág. 421. Cordero, en la obra colectiva que comparte con Carrasco, y Marín, aúna ambas posturas y sostiene que el tercero es un depositario de la cosa que “no posee en beneficio del acreedor pignoraticio ni del pignorante, sino en beneficio de ambos, pues la entrega deberá realizarse a uno u otro dependiendo de si la obligación asegurada se ha incumplido o no”, mientras que el acreedor sigue siendo el poseedor mediato de la cosa pignorada. CORDERO LOBATO, E. “Contenido y realización del derecho de prenda”, en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J. *Tratado de los derechos de garantía*. Tomo II, 3ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pág. 192. En esta línea también VEIGA COPO, A. B. *Tratado de la prenda*, cit., pág. 351 y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. *Curso de Derecho Civil. I*, cit., pág. 228.

Ozcáriz, en la línea de Guilarte, ha considerado a este tercero poseedor como verdadero depositario, aplicándole la ley 548.1.a) del Fuero Nuevo, puesto que se compromete ante deudor y acreedor a custodiar la cosa y a restituirla, bien al deudor si se acredita que ha cumplido la obligación garantizada, o bien al sujeto que resulte adjudicatario en una subasta tras el incumplimiento de la obligación principal o, si se pactó la facultad de venta en la prenda, a quien resulte comprador. Conjuga así la figura del depósito con sujeto alternativamente determinado con las formas de ejecución de la prenda en el Derecho navarro. OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1578.

En nuestra opinión, se han de tener presentes las puntualizaciones de Portale respecto a la posición del tercero. Comienza por recordar que la obligación de custodia no es exclusiva del contrato de depósito, y pone el acento en la causa de los contratos. Mientras que en el contrato de depósito el depositario debe mantener constantemente la cosa en el mismo estado que presentaba a la conclusión del contrato y hasta su finalización, en la prenda en manos de tercero, en la que también hay obligación de custodia, con la desposesión del constituyente se quiere hacer surgir fundamentalmente el derecho de prenda. “*La detención del tercero es, así, en función de aquel derecho: no es el interés del tradens el que prevalece, sino el del acreedor*”. PORTALE, G. B. “Osservazioni sul contratto col terzo detentore del pegno”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1962, n° 3, pág. 892. Por lo tanto, el tercero asume una obligación de custodia dentro del negocio de prenda, pero ello no implica que exista contrato de depósito.

<sup>628</sup> En ese sentido, DÍAZ BRITO, F. J. “Prenda irregular con intervención de tercero...”, cit., pág. 3692. Señala Guilarte que si el depositario incumple su obligación de custodia deberá responder

## 2.- El depósito en garantía en manos de tercero en el sistema de garantías reales del Fuero Nuevo

Sin embargo, en el depósito en garantía o prenda irregular constituida en manos del acreedor no existe derecho real de garantía, ni privilegio del acreedor garantizado<sup>629</sup>. El mecanismo satisfactivo de este tipo de garantía consiste en la posibilidad de que el acreedor compense directamente el valor de lo entregado en garantía con el importe de la obligación garantizada. La circunstancia de que se entregue el dinero o bienes fungibles a un tercero impide que se produzca dicha compensación en el momento de incumplimiento de la obligación principal y por tanto, se altera el mecanismo de realización propio de la prenda irregular. A diferencia de lo que ocurre en la prenda ordinaria en manos de tercero, el acreedor en este caso carece de mecanismos para anteponerse a otros acreedores, en este caso del depositario.

Todo lo expuesto conduce a negar que la entrega del dinero a un tercero con finalidad de garantía pueda calificarse como una prenda irregular, puesto que fallan los elementos básicos de la misma. Si el objetivo de las partes es crear una autorregulación de intereses que persiga una función de garantía análoga o equivalente a la de la prenda irregular en manos del acreedor, aquella no podrá ser realizada de otro modo que no sea la atribución inicial de la propiedad de los bienes al sujeto garantizado<sup>630</sup>. Este rechazo a la prenda irregular en manos de tercero ha sido compartido en nuestro país por JORDANO FRAGA y FÍNEZ RATÓN<sup>631</sup>.

Se excluye así que el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.I FN) sea una simple variante del depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.II FN), por más que esta fuera la intención del legislador. Ahora bien, tampoco cabe descartar todavía que el depósito en garantía en manos de un tercero constituya una garantía real, o un contrato de garantía. Como se ha referido, el acreedor confía plenamente en la solvencia del

---

frente al constituyente por la pérdida de la cosa y frente al acreedor por los perjuicios que se deriven de la pérdida de la garantía. GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., pág. 499.

<sup>629</sup> Salvo para quienes consideran la prenda irregular una modalidad de prenda, opción que aquí no se comparte.

<sup>630</sup> RAMOS ALVES. *Do penhor*, cit., pág. 252.

<sup>631</sup> JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular...”, cit., págs. 313-314. FÍNEZ RATÓN, J.M. *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios...* cit., pág. 53.

depositario, y prefiere que el dinero o bienes fungibles se encuentren en sus manos antes que en las del deudor, y es evidente que el depositario deberá entregar, alternativamente, bien al acreedor o bien al deudor, según se cumpla o no la obligación principal, vinculación entre el depósito en garantía y la obligación principal que está presente también en el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN). Si el depósito en garantía en manos de tercero no es calificable como prenda irregular vinculada a un depósito irregular, por ser esta modalidad inadmisibles, hay que plantearse si es posible una construcción alternativa.

Mayoritariamente se defiende entonces que el objeto de la garantía no es el dinero, sino el crédito a la restitución nacido de un previo depósito irregular entre depositante y depositario, revistiendo la garantía la forma de prenda de créditos, en lugar de prenda irregular. Pero no es la única alternativa, pues se ha planteado también la existencia de una transmisión fiduciaria, y tampoco ha escapado a los autores la similitud entre la prenda irregular en manos de tercero y el contrato de depósito con finalidad de garantía, construido como depósito a favor de sujeto alternativamente determinado, hasta el punto de que GRISI ha identificado ambos<sup>632</sup>. En esa misma línea ya se apuntó que OZCÁRIZ considera el depósito en garantía en manos de tercero como una variante de secuestro convencional.

## 2.2.- El depósito en garantía en manos de tercero como prenda de créditos

Habitualmente se razona que cuando el deudor entrega dinero o bienes fungibles sin especificar a un tercero adquiriendo este su propiedad, lo único que puede ofrecer aquel en garantía al acreedor es el crédito a la restitución del *tantundem* que ostenta contra el tercero, pues sobre el dinero ya no conserva derecho real alguno. Por ello, la garantía así constituida reviste la forma de una prenda de créditos, y esa es su calificación mayoritaria en los ordenamientos francés y portugués. En el caso italiano, la pignoración de los saldos de depósitos bancarios cuando el acreedor no es el banco depositario

---

<sup>632</sup> GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 542.

2.- El depósito en garantía en manos de tercero en el sistema de garantías reales del Fuero Nuevo

también se ha calificado como una prenda de créditos<sup>633</sup>, al igual que en el Derecho común español<sup>634</sup>.

Para la existencia de una prenda de créditos se requiere un primer negocio, habitualmente un depósito irregular, por el que el deudor transmite la propiedad del dinero o bienes fungibles al depositario, y otro negocio (que incluso puede ser simultáneo) en virtud del cual el deudor constituye a favor del acreedor una prenda sobre el crédito a la restitución nacido del depósito. El régimen aplicable a esta entrega en garantía es el de la prenda de créditos, siendo necesaria la notificación de la pignoración al deudor cedido, y el otorgamiento de escritura pública<sup>635</sup>. Para la realización de la prenda, deberán tenerse en cuenta los vencimientos de la obligación garantizada y del crédito pignorado, respectivamente. Si este último vence antes que la obligación garantizada, el acreedor pignoraticio está legitimado para proceder a su cobro y, si es un crédito pecuniario, esto supone que adquirirá la propiedad del dinero surgiendo entonces una prenda irregular sobre el mismo, que subsistirá hasta el momento de vencimiento de la obligación principal. Si es la obligación garantizada la que vence en primer lugar, el acreedor pignoraticio (en defecto de pactos que establezcan el vencimiento anticipado del crédito pignorado), puede esperar a que venza el crédito pignorado y entonces reclamar su cobro, o bien acudir a los procedimientos de ejecución del artículo 1872 del Código Civil.

En cuanto acreedor pignoraticio, el acreedor garantizado con una prenda de créditos goza del privilegio del artículo 1922.2 del Código Civil.

---

<sup>633</sup> PAPANI, V. “Il pegno irregolare non è revocabile...”, cit., pág. 14, que comenta la Sentencia de la Corte di Cassazione de 21 de noviembre de 2014. CECCHERINI, A, y GENGHINI, M. *I contratti bancari nel Codice Civile*, cit., pág. 212, con cita de sentencias. MARANO, P. “Anticipazione bancaria”, cit., págs. 575 y sig.

<sup>634</sup> También cuando el dinero se entrega al acreedor. Ya tratado en el Capítulo II, epígrafe 3.4.1.

<sup>635</sup> El régimen de la prenda de créditos fue expuesto en el Capítulo II, al que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias. En la prenda de créditos en la que la depositaria es a la vez la acreedora no era necesaria la notificación. Sin embargo cuando la entidad depositaria es diferente del acreedor sí es necesario cumplir este requisito para la válida constitución de la prenda, pues se considera que equivale a la desposesión de la prenda ordinaria (art. 1863 CC, 468 FN).

Respecto a la forma exigible para la oponibilidad de la prenda de créditos frente a terceros, ya se indicó que, en principio, en el ordenamiento navarro no sería necesario el otorgamiento de escritura pública, aunque razones prácticas aconsejan cumplimentar este requisito.

En el Derecho navarro es plenamente admisible la prenda de créditos, aunque se trate de una figura atípica, y así lo han considerado los tribunales navarros, que han aplicado la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, según se indicó. Sin embargo, debe descartarse que la ley 474.II de la Compilación constituya un supuesto concreto de prenda de créditos.

Al respecto, conviene recordar las diferencias que se señalaron entre la prenda de créditos y la prenda irregular cuando se examinó el supuesto en el que el acreedor garantizado es al mismo tiempo el receptor de la suma de dinero que se entrega en garantía. Así, en la prenda de créditos el crédito cedido en garantía y el crédito garantizado conservan sus respectivos vencimientos, mientras que en la prenda irregular existe un único vencimiento, el de la obligación principal. En la prenda de créditos la titularidad del crédito objeto de la garantía corresponde al constituyente de la prenda, mientras que en la prenda irregular el crédito a la restitución es eventual y el acreedor solo habrá de restituir si el deudor cumple la obligación principal. Por último, el constituyente de una prenda de créditos podría constituir una sucesiva prenda sobre el mismo crédito, posibilidad vedada en la prenda irregular<sup>636</sup>.

A pesar de que el tenor literal de la ley 474 del Fuero Nuevo se refiere a la constitución de un “*depósito de dinero o cosas fungibles*”, en realidad se concluyó que se utiliza la expresión “depósito” sin rigor técnico, como sinónimo de entrega, y no existe un verdadero contrato de depósito del que surja un crédito que pignorar en garantía. Para la constitución de un depósito irregular, el depositante en garantía debería conceder facultades de disposición al depositario (ley 554 FN), y, sin embargo, la ley 474 expresamente establece la adquisición de la propiedad por este, sin necesidad de que se le otorguen dichas facultades<sup>637</sup>. Por otro lado, la finalidad que se persigue con la entrega al tercero no es la custodia del dinero o bienes fungibles, ni se restituye necesariamente al depositante, ni a su requerimiento, con lo que no cabe considerar que la entrega al depositario suponga un verdadero depósito. El tenor literal de la norma descarta que existan dos negocios, un depósito y una prenda del crédito, estando ante un único negocio, con finalidad de garantía.

---

<sup>636</sup> Ya tratado en el epígrafe 3.4.2 del Capítulo II.

<sup>637</sup> El propio tenor de la ley 474 excluye que exista un depósito en su modalidad ordinaria, pues el depositario adquiere la propiedad de los bienes.

## 2.- El depósito en garantía en manos de tercero en el sistema de garantías reales del Fuero Nuevo

Si existiera una prenda de créditos en el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN), el titular del crédito a la restitución sería en todo caso el deudor-depositante, que cede dicho crédito en garantía. Sin embargo, en el depósito en garantía, el titular del crédito a la restitución no es el deudor-depositante, sino que el sujeto titular de la restitución se determina alternativamente entre depositante y acreedor, según el cumplimiento o no de la obligación principal.

También hay que destacar que, en una prenda de créditos, el crédito pignorado (en este caso el nacido del depósito irregular) tendría su propio vencimiento, que no tiene por qué ser coincidente con el de la obligación garantizada<sup>638</sup>. En el depósito en garantía sin embargo la obligación de restitución del depositario queda indudablemente vinculada con el vencimiento mismo de la obligación principal.

El mecanismo de realización del depósito en garantía en manos de tercero y el de la prenda de créditos consisten ambos en la reclamación del acreedor garantizado a un sujeto distinto del deudor, respectivamente, al depositario en garantía o al deudor del crédito cedido. Pero los parecidos se agotan ahí. En la prenda de créditos la existencia de vencimientos independientes del crédito pignorado y de la obligación garantizada obliga a acomodar la ejecución a esta circunstancia. En caso de que la obligación garantizada venza antes que el crédito pignorado, el acreedor deberá optar entre ejecutar el crédito pignorado por los procedimientos legalmente previstos (ley 469 FN) o esperar al vencimiento del crédito pignorado para poder reclamar su cumplimiento al deudor cedido y compensar el dinero recibido con el importe de la obligación garantizada. Nada de esto sucede en el depósito en garantía en manos de tercero, en el que, en el momento mismo

---

<sup>638</sup> Esta circunstancia puede modificarse por voluntad de las partes, haciendo coincidir ambos vencimientos. En nuestro supuesto, el depósito irregular del que nacería el crédito pignorado se constituiría simultáneamente y con el mismo vencimiento que la obligación garantizada. Sin embargo hay que plantearse qué ocurriría con tal depósito irregular si la obligación garantizada se cumpliera antes del vencimiento, con la aceptación del acreedor. Piénsese en que el deudor hubiera depositado el dinero en una imposición a plazo fijo, en una entidad bancaria distinta del acreedor, cuya fecha de vencimiento fuera la misma que la de la obligación garantizada. Si esta se extingue antes de tiempo, ¿podría recuperar el depositante el dinero antes del vencimiento? Es posible que sí, pero soportando las consecuencias negativas del incumplimiento de las condiciones del depósito.

En una prenda irregular, la extinción de la obligación principal conlleva la desaparición de la causa de garantía que justifica la tenencia del dinero y por tanto, surge inmediatamente la obligación de restitución.



de vencimiento de la obligación principal, se determina a qué sujeto le corresponde el dinero depositado en garantía, en función de que se verifique o no su cumplimiento. Si resulta ser el acreedor (por haber incumplido el deudor), podrá proceder a reclamar el dinero al depositario sin esperar a ninguna otra circunstancia.

El régimen establecido por la ley 474 para el depósito en garantía no exige notificación al deudor cedido, ni formalidad alguna, lo que choca con el régimen de la prenda de créditos. Esto es porque en realidad el depositario adquiere desde el principio una obligación de restitución que tiene un sujeto alternativamente determinado, que no requiere de más formalidades.

Por último, el depositante en garantía no puede constituir sucesivas prendas sobre el dinero, a diferencia de lo que sucede en la prenda de créditos.

En conclusión, el depósito en garantía en manos de un tercero no constituye un supuesto de prenda de créditos, pues no existe un negocio de garantía al que se coliga el depósito irregular. La consecuencia de esta afirmación es que el acreedor no goza del privilegio del acreedor pignoraticio, para cobrar preferentemente frente a otros posibles acreedores del depositario.

Se constata que el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) coincide con las características que se le atribuyen a la figura que se ha designado como prenda irregular en manos de tercero, la cual carece de la eficacia que posee el depósito en garantía (o la prenda irregular, en la denominación de otros ordenamientos) a la hora de garantizar el cobro al acreedor garantizado.

### **2.3.- El depósito en garantía en manos de tercero como fiducia en garantía a manos de tercero**

Una cuestión poco explorada es la posibilidad de que la fiducia en garantía (ley 466 FN) se constituya mediante la entrega de la cosa a un tercero distinto del acreedor<sup>639</sup>. Aunque se descartó que el depósito en garantía en manos del acreedor fuese una modalidad de fiducia en garantía, conviene plantearse si la solución es la misma cuando el dinero o cosas fungibles se entregan a un tercero.

---

<sup>639</sup> Ozcáriz lo rechaza, porque “no parece que quepa la constitución del derecho real en poder de un tercero”. OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1565.



## 2.- El depósito en garantía en manos de tercero en el sistema de garantías reales del Fuero Nuevo

GRASSETTI sostuvo que el depósito en función de garantía, refiriéndose al supuesto resuelto por la Sentencia de la Corte de Casación italiana de 15 de enero de 1937, estaba caracterizado por una conexión entre dos negocios: una compraventa bajo condición suspensiva y una transferencia de la propiedad fiduciaria sobre el dinero<sup>640</sup>. En su propuesta constructiva, el comprador es el fiduciante, que transmite el precio al fiduciario, que en aquel caso era el notario ante el que se había otorgado el contrato. El beneficiario al que el fiduciario deberá transmitirle el precio será el comprador, si la condición no se verifica, o el vendedor, si por el contrario se verifica la condición. Como se aprecia, la transmisión fiduciaria se realiza a un tercero distinto del acreedor, siendo fundamental en esta tesis la unión entre dicha transmisión fiduciaria y el negocio principal, hasta el punto de que este funciona, según GRASSETTI, como razón justificadora de la transmisión fiduciaria. Las partes del negocio de compraventa acuerdan que el precio que eventualmente debe pagarse al vendedor quede consignado en manos del fiduciario mientras esté pendiente la condición, realizándose un intento de garantía a favor del vendedor, el cual, por razones personales, se fía mucho más del notario que del comprador.

GRISI señala fundamentalmente dos objeciones a esta construcción del depósito en garantía como negocio fiduciario que se coliga con otro negocio principal<sup>641</sup>. La primera de ellas es que, al entregarse dinero, el depositario goza de la propiedad exclusiva y absoluta del dinero consignado, y la obligación de restituir el *tantundem* no limita la plenitud de su poder de disposición. La segunda le lleva a preguntarse si existe una *causa fiduciae* en la entrega del dinero al depositario, diferente a la causa del depósito irregular, siendo la respuesta, a su juicio, negativa. Las partes pretenden la custodia del dinero en tanto se verifica la condición y si este resultado puede alcanzarse mediante el perfil causal propio de un contrato típico, como es el del contrato de depósito, concluye que no se justifica el recurso al negocio fiduciario<sup>642</sup>.

---

<sup>640</sup> GRASSETTI, C. “Deposito a scopo di garanzia...”, cit., pág. 106 y sig.

<sup>641</sup> GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., págs. 221-228. Afirma que estas objeciones son superables, pero lo cierto es que le llevan a evidenciar que el esquema es el de un contrato de depósito y no el de un negocio fiduciario.

<sup>642</sup> Cuestión distinta es, para el autor, que mediante el contrato de depósito se persiga una función de garantía, bien de forma indirecta, o bien considerando que el depósito admite una polivalencia funcional. Será tratado en los epígrafes 3.1 y 3.2.

Ya en el ámbito del ordenamiento navarro, se considera que la entrega de dinero al tercero, depositario en garantía, no coincide con la transmisión fiduciaria en garantía configurada en el Fuero Nuevo (ley 466)<sup>643</sup>. No se le transmite al depositario una titularidad o propiedad fiduciaria temporal, sino un dominio pleno sobre el dinero o bienes fungibles, de los que puede disponer libremente, al igual que sucede cuando el dinero se entrega al acreedor. Por otra parte, además de no existir una propiedad fiduciaria sino plena, ya se subrayaron dos diferencias entre la fiducia en garantía en el Fuero Nuevo y el depósito en garantía<sup>644</sup>: la ley 466 de la Compilación exige que el deudor fiduciante haya incurrido en mora antes de que el fiduciario consolide su derecho de propiedad, mediante el requerimiento de pago al deudor, lo cual no es necesario en el depósito en garantía. Por otro lado, un acreedor fiduciario podría apropiarse del bien entregado en garantía, aunque su valor fuera superior al importe de la deuda garantizada, pues así lo permite la ley 466 de la Compilación. Sin embargo, cuando se deposita en manos de un tercero una cantidad de bienes fungibles, este no consolida la propiedad por el incumplimiento de la obligación principal, sino que en ese momento se determina a qué sujeto ha de entregar el *tantundem*, en este caso, al acreedor. En caso de cumplimiento de la obligación principal deberá restituir el *tantundem* al depositante en garantía, por lo que en ningún caso existe el riesgo de abuso en perjuicio del deudor que sí está presente en la garantía fiduciaria<sup>645</sup>.

Además, la propuesta de GRASSETTI está centrada en ofrecer una explicación al supuesto resuelto por la Corte de Casación y no coincide con la figura de la ley 474 del Fuero Nuevo, en la que la obligación principal (que podría ser una compraventa pero no necesariamente) no tiene por qué estar

---

Grassetti en cambio rechaza tajantemente que el depósito pueda desempeñar una función de garantía, puesto que desaparece entonces la causa propia del tipo contractual, e igualmente rechaza que puedan intervenir en el depósito tres sujetos, pues supone prescindir de la facultad del depositante de pedir la restitución en cualquier momento. GRASSETTI, C. “Deposito a scopo di garanzia...”, cit., págs. 100-106.

<sup>643</sup> En el fondo lo que propone Grassetti es la existencia de una transmisión fiduciaria, en el sentido de que se transmite la propiedad plena pero con una finalidad específica que el fiduciario debe cumplir, pero que no coincide con la fiducia en garantía del Fuero Nuevo. Ya aludido en el Capítulo II, 3.5.2.

<sup>644</sup> Véase Capítulo II, 3.5.2.

<sup>645</sup> El acreedor tampoco puede apropiarse del exceso entre el valor de lo entregado en garantía y de la obligación garantizada.

## 2.- El depósito en garantía en manos de tercero en el sistema de garantías reales del Fuero Nuevo

condicionada, y el cumplimiento del deudor no puede considerarse como condición<sup>646</sup>.

En el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN), aunque no exista una transmisión fiduciaria, la causa de la atribución de la propiedad al acreedor responde a una causa de garantía, que determina que la obligación de restitución de este sea meramente eventual, y que dicha entrega acabe predisponiendo el resultado de la ejecución forzosa y cumpliendo una función solutoria. Sin embargo, cuando el depositario en garantía es un sujeto distinto al acreedor, aquel no consolida en ningún caso su derecho de propiedad, sino que siempre tiene obligación de entregar el *tantundem*, sea al depositante o al acreedor, y lo cierto es que la entrega al depositario ni predispone el resultado de la ejecución forzosa ni tiene efecto solutorio. Mediante la entrega al tercero las partes del negocio principal pretenden que

---

<sup>646</sup> Podría plantearse aún si la transmisión fiduciaria puede recaer sobre el crédito y no sobre el dinero. El deudor entregaría la propiedad del dinero o bienes fungibles al depositario, y cedería el crédito a la restitución nacido de esta entrega al acreedor.

El Fuero Nuevo admite la fiducia de créditos expresamente en su ley 466, por lo que podría considerarse válida la transmisión del crédito en función de garantía (el estudio de esta posibilidad, no obstante, desborda el ámbito del presente trabajo), aunque la consideración del depósito en garantía en manos de tercero como una cesión fiduciaria del crédito topa con algunas de las objeciones que se opusieron a la consideración de esta figura como prenda de créditos. En la ley 474.II del Fuero Nuevo el objeto de la garantía no es el crédito sino el dinero. Se descarta que las partes pretendan la constitución de un depósito irregular para que nazca un crédito y después transmitirlo fiduciariamente en garantía, pues no existe un negocio dirigido al nacimiento del crédito y otro diferente dirigido a la constitución de la garantía, sino un único negocio, la constitución del depósito en garantía. Por otro lado, si fuese una cesión fiduciaria la titularidad del crédito sería del acreedor-fiduciario. Sin embargo, en el depósito en garantía la titularidad del derecho a la restitución no es del acreedor sino alternativamente determinada según el cumplimiento o no de la obligación principal. Tampoco la forma de ejecución del depósito en garantía en manos de tercero coincide con la de la cesión fiduciaria del crédito. Ozcáriz señala que en caso de vencimiento del crédito fiduciado durante la fase de seguridad de la garantía, el fiduciario debe comportarse como un acreedor diligente en el cobro y adoptar medidas que aseguren el buen fin del crédito. OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1568.

En el Derecho común se ha rechazado la posibilidad de una cesión fiduciaria plena del crédito. PANTALEÓN PRIETO, F. “Cesión de créditos”, cit., pág. 194. Si la cesión de un crédito cumple una función de garantía, debe recalificarse como una garantía y someterse a las reglas propias de estas, en este caso a las normas propias de la prenda de créditos. PANTALEÓN PRIETO, F. “Cesión de créditos”, cit., pág. 199 y sig. GARCÍA VICENTE, J.R. *La prenda de créditos*, cit., págs. 52-54. ARANDA RODRÍGUEZ, R. *La prenda de créditos*, cit., pág. 147. Nótese que todos ellos configuran la prenda de créditos como una cesión limitada del crédito.

un sujeto neutral y en cuya solvencia y rectitud ambos confían guarde el dinero para entregárselo a aquel que corresponda, lo que parece trasladarnos, tal y como apuntaba GRISI, al ámbito del contrato de depósito, cuestión que será abordada independientemente.

Así pues, a lo largo de las páginas anteriores se ha intentado identificar en el depósito en garantía en manos de tercero alguna forma de garantía real que confiera a la figura del segundo párrafo de la ley 474 del Fuero Nuevo, si no la misma eficacia que la figura del primer párrafo (conceder exclusividad para el cobro al acreedor), sí al menos preferencia para el cobro frente a otros eventuales acreedores del deudor. Sin embargo, el depósito en garantía en manos de un tercero no recae sobre el crédito por lo que se descarta, en síntesis, la presencia de una prenda de créditos o de una cesión fiduciaria del crédito y se rechaza igualmente la admisión de la prenda irregular en manos de tercero, configurada como una prenda irregular vinculada funcionalmente con un depósito irregular. Para terminar de perfilar la figura del segundo párrafo de la ley 474 del Fuero Nuevo resta examinar si puede proporcionarse al acreedor alguna forma de garantía mediante la utilización de un contrato de depósito.

### 3.- El contrato de depósito y la función de garantía

Puede parecer paradójico volver ahora sobre el contrato de depósito, cuando se descartó que el depósito en garantía en manos del acreedor fuese una modalidad de tal tipo contractual. Sin embargo, hay razones para examinar si el depósito en garantía en manos de tercero ostenta la naturaleza de contrato de depósito. En primer lugar, está claro que el depósito en garantía en manos de tercero no funciona igual que el depósito en garantía en manos del acreedor, y que no comparte su misma naturaleza jurídica. En segundo lugar, se ha afirmado la posibilidad de que el contrato de depósito desempeñe una función de garantía, y no puede negarse que la figura de la ley 474.II del Fuero Nuevo presenta una enorme similitud con el supuesto resuelto por la sentencia *Cavallini c. Galassi*. Por último, algunos autores han identificado en la prenda irregular en manos de tercero un depósito con función de garantía<sup>647</sup>.

---

<sup>647</sup> GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 542. GATTI, S. “Pegno irregolare e fallimento del debitore”, cit., pág. 9.

### 3.1.- La categoría del negocio indirecto

En España la teoría del negocio indirecto ha tenido escaso eco en la doctrina<sup>648</sup>, y fue tajantemente rechazada por DE CASTRO<sup>649</sup>. No obstante, la alusión de LARA acerca de que el depósito en garantía de la ley 474 del Fuero Nuevo, que considera un depósito con finalidad ulterior o accesorio de garantía, podría incluirse en la categoría del negocio indirecto, le devuelve interés en relación a la figura objeto de estudio<sup>650</sup>.

De acuerdo con la construcción de ASCARELLI, las nuevas exigencias de la práctica pueden verse satisfechas mediante el recurso a institutos ya conocidos, que, por contraposición a la incertidumbre respecto a su régimen de los contratos innominados, ofrecen un marco jurídico conocido y seguro, conciliando así progreso y conservación. En el negocio indirecto, las partes recurren a un negocio determinado, para alcanzar conscientemente a través de él finalidades diversas de las típicas de la estructura del negocio mismo. Los sujetos quieren la función típica del negocio en cuestión, más la finalidad ulterior. El negocio jurídico conserva así su naturaleza y gracias a la voluntad de las partes puede cumplir un objetivo distinto del que le es típico, conservando el régimen jurídico del contrato adoptado<sup>651</sup>.

Interpretado el depósito con finalidad de garantía en clave de negocio indirecto, se configuraría como un genuino contrato de depósito, sujeto a la

---

<sup>648</sup> La recogió RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L. “Negocio indirecto y figuras jurídicas afines”, *RGLJ*, (1949). Se encuentran algunas menciones a la misma al tratar el negocio fiduciario, según recoge DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit., pág. 448 notas 19 y 20. Sin embargo, no se menciona por ALBALADEJO, M. *El negocio jurídico*, cit., ni aparece en los principales tratados ni manuales de Derecho Civil. Al tratar la simulación, se refiere a ella brevemente CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. *La simulación en los negocios jurídicos*. Barcelona Librería Bosch, 1986, págs. 52-53.

<sup>649</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit., págs. 444 y sig.

<sup>650</sup> LARA GONZÁLEZ, R. “Depósito en garantía...”, cit., pág. 160, sin distinción entre la figura del primer párrafo y la del segundo.

<sup>651</sup> Lo cual no es fácil, puesto que el fin indirecto pone en riesgo la subsistencia de las notas típicas que singularizan el negocio, como destaca DE CARVHALHO, O. “Negocio jurídico indirecto”, cit., pág. 20.

disciplina de este, en el que además de la función típica de guarda se persigue una finalidad ulterior de garantía<sup>652</sup>.

Frente a las pretensiones de reducir todos los casos de negocio indirecto al negocio simulado, se opuso que en aquel no existe simulación, la voluntad de las partes es conseguir la finalidad típica del negocio más el fin ulterior, y esta voluntad no se esconde a los terceros<sup>653</sup>.

La categoría de negocio indirecto fue muy criticada en Italia<sup>654</sup> por carecer de autonomía dogmática, por no aportar soluciones que no puedan alcanzarse a través de los negocios innominados e introducir una confusión innecesaria, por constituir un simple fenómeno sociológico y otros motivos relacionados con el alcance de la autonomía de la voluntad de los sujetos, y por todo ello no ha prevalecido en la doctrina italiana<sup>655</sup>.

---

<sup>652</sup> GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., págs. 156-157.

<sup>653</sup> ASCARELLI, T. “Il negozio indiretto”, cit., pág. 23.

<sup>654</sup> CARIOTA FERRARA, L. *El negocio jurídico*, Traducción del italiano, prólogo y notas de Manuel Albaladejo, Madrid, Aguilar, 1956, pág. 213. Admite que un negocio típico puede perseguir un fin ulterior y diverso que se refleja en pactos o cláusulas particulares, pero que no deja de ser el negocio causal, típico. Por tanto no puede hablarse de categoría dogmática. En términos similares Santoro Passarelli, que la tilda de “categoría inútil”. SANTORO-PASSARELLI, F. “Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina”, en *Saggi di Diritto Civile*, II, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961, pág. 754. Grassetti la considera únicamente un fenómeno histórico y sociológico. GRASSETTI, C. “*Deposito a scopo di garanzia...*”, cit., pág. 109.

De Castro recoge la oposición de otro buen número de autores. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit., pág. 444.

Además existió discusión sobre si el negocio fiduciario y el negocio indirecto pertenecen a una categoría única, y por tanto deben ser equiparadas. A favor de que el negocio indirecto comprende el negocio fiduciario se pronunció el propio Ascarelli. Razona el autor que en el negocio fiduciario más común, la venta en garantía, las partes quieren, además de la transmisión de la propiedad, un fin ulterior, que es la transmisión de la propiedad no ya para finalidad de intercambio, sino para una finalidad de garantía. ASCARELLI, T. “Il negozio indiretto” cit., págs. 8-9.

Otros autores niegan el negocio indirecto y admiten únicamente el negocio fiduciario. GRASSETTI, citado por GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 154. Otros, en fin, diferencian ambas categorías. CARIOTA FERRARA, L. *El negocio jurídico*, cit., pág. 211.

<sup>655</sup> En Portugal, recientemente ha sido sostenido por Pais de Vasconcelos que, si el fin indirecto que se persigue es irrelevante, el negocio se reconduciría al contrato típico y nada los distinguiría. Cuando el fin indirecto no resulta irrelevante, el contrato indirecto no es un contrato verdaderamente típico, porque se aparta de la función típica propia del contrato de referencia. Es un contrato de tipo modificado o *quasi*-típico. Pero como la divergencia en relación al tipo de referencia es muy pequeña, su disciplina está muy próxima a la del contrato de referencia. PAIS DE VASCONCELOS. *Contratos atípicos*, cit., págs. 248-256.

En España DE CASTRO la criticó duramente calificándola de un medio para consagrar como válidos actos que minan las bases mismas del ordenamiento: *“Está en patente y directa contradicción con un sistema jurídico, como el nuestro, basado en el control de las causas –típicas y atípicas- para determinar la validez del negocio y, según la naturaleza de cada causa, la diferenciada eficacia de cada negocio”*<sup>656</sup>. Sostiene el autor que el recurso al negocio indirecto supone la evasión de reglas imperativas que no puede admitirse de ninguna manera en el sistema jurídico español y cita como ejemplo que la inexistencia de precio en la compraventa resultaría admisible si se construye como negocio indirecto que persigue un ulterior fin de liberalidad.

Obviando las dudas sobre la categoría en sí, hay que reconocer que la noción de negocio indirecto constituye una respuesta sencilla para defender que el contrato de depósito puede cumplir su función de custodia y al mismo tiempo otra de garantía, y soluciona el problema del régimen aplicable, que resulta ser el del contrato de depósito. No obstante, se comparten las críticas que se han hecho a la categoría, que carece de previsión en el Fuero Nuevo y resulta innecesaria, a la vista de la afirmación de que el propio contrato de depósito puede cumplir una función de garantía.

### **3.2.- El contrato de depósito como tipo apto para desarrollar una función de garantía**

Es unánime en todos los ordenamientos el reconocimiento de que la causa del contrato de depósito es la obligación de guarda, entendida como custodia y conservación de la cosa en interés del depositante. Esta función económico-social es la que define el tipo contractual y lo diferencia de otros contratos. En el Fuero Nuevo la guarda constituye la causa, no solo del contrato de depósito, sino de todos los contratos de custodia.

La doctrina española apenas se ha planteado si el contrato de depósito puede desempeñar alguna función ulterior o añadida a su finalidad típica de

---

<sup>656</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, págs. 449-450.



custodia, específicamente una función de garantía<sup>657</sup>, frente a la doctrina italiana y portuguesa que se han ocupado intensamente de esta última posibilidad. Conviene recordar que bajo la vigencia del *Codice Civile* anterior, buena parte de la doctrina italiana había identificado en el depósito con función de garantía, referido al caso *Cavallini c. Galassi*, un contrato de depósito con sujeto activo alternativamente determinado, o una variante de secuestro convencional. Tras la aprobación del Código italiano de 1942, FUNAIOLI ya puso de manifiesto que el depósito con función de garantía constituía un auténtico contrato de depósito, aunque con una “*función ulterior en concreto de garantía (que no es un simple motivo irrelevante) respecto a la causa insuprimible del depósito, dada la finalidad y el intento de proveer a la conservación de la cosa, sin la cual estaríamos fuera de los esquemas de nuestro instituto*”<sup>658</sup>. La previsión en el *Codice Civile* de 1942 del depósito en interés de tercero (art. 1773), y la expresa intención de recoger en él el supuesto del depósito con función de garantía se entendió como la admisión legislativa de que a través del contrato de depósito podía alcanzarse una finalidad de garantía<sup>659</sup>.

Los autores que han estudiado el fenómeno del depósito en función de garantía en Italia se refieren a la “función ulterior” de garantía que desempeña<sup>660</sup>, a la “finalidad asegurativa” o de garantía<sup>661</sup>, a las “aplicaciones prácticas”<sup>662</sup> del contrato de depósito, etc.

---

<sup>657</sup> Únicamente al hilo del depósito a favor de tercero y en interés de tercero. Nos remitimos a las autoras citadas en la nota 99.

<sup>658</sup> FUNAIOLI, C. A. “Depósito, secuestro convenzionale...”, cit., pág. 41.

<sup>659</sup> Además del ya citado Funaioli, lo afirman, entre los más destacados LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo...”, cit., pág. 425. MAJELLO, U. “*Il deposito nell'interesse del terzo*”, cit., págs. 316-317. GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 259.

Hay que recordar, no obstante, que a pesar de que inicialmente se consideró que el artículo 1773 preveía el supuesto resuelto por la Corte de Casación en 1937, caso *Cavallini c. Galassi*, con posterioridad esta afirmación se reveló errónea.

<sup>660</sup> GIORGIANNI, F. “Depositi anomali a vantaggio di un terzo. Depositi in funzione di garanzia”, en la obra colectiva *Le operazioni bancarie*, Tomo I, Milano, Giuffrè Editore, 1978, pág. 418.

<sup>661</sup> Por ejemplo, Lupoi, aunque no diferencia la “finalidad” de la “función” de garantía, empleando ambas expresiones, a diferencia de Grisi. LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...”, cit., pág. 448.

<sup>662</sup> NICOLÒ, R. “Deposito e contratto a favore di terzo”, cit., pág. 541. Aunque también se refiere a la función de garantía como función ulterior y prácticamente prevalente del depósito en función de garantía.



GRISI señala que es posible configurar el depósito con función de garantía como negocio típico de depósito “adaptado” a una finalidad de garantía, por un lado, y, por otro, afirmar que la finalidad de garantía está implícita en la estructura negocial del depósito, sin adaptación<sup>663</sup>.

Al primer supuesto le reserva la denominación “*deposito a scopo di garanzia*” para señalar que la voluntad de los sujetos es la de mantenerse en el contrato típico pero desarrollando una finalidad de garantía. No obstante, esta tesis le conduce a un resultado similar al que se obtiene con la aplicación de la categoría del negocio indirecto, con los inconvenientes a ella ligados, que incluso el propio autor admite.

La otra opción, en la línea de lo sostenido por FUNAIOLI, presupone la polivalencia funcional del contrato de depósito, siendo la garantía una de las funciones desarrolladas directamente por el tipo negocial. Esta variante, a la que GRISI se refiere como “*deposito in funzione di garanzia*” soslaya los problemas de la categoría del negocio indirecto, pero exige tener presentes los conceptos sobre “causa” y “función” que maneja el autor<sup>664</sup>. Para él, la “causa” del contrato es el “*interés que objetivamente traspasa la estructura jurídica considerada y se refiere, así, al plano objetivo de la justificación jurídica*”. En dicho concepto no se comprende el “*interés concretamente buscado por las partes con el negocio jurídico*”, la finalidad que tienen en mente cuando celebran el referido negocio, sino que dicho interés quedaría comprendido en el concepto de “función” del negocio. En el supuesto concreto del depósito en función de garantía, sostiene que es inatacable la centralidad del elemento de la custodia, que describe objetivamente el contenido mínimo del contrato y lo especifica<sup>665</sup>. Pero de este plano causal puede diferenciarse un plano o perfil funcional para recoger los intereses que las partes pretenden satisfacer concretamente mediante el depósito. Así, el elemento constante y necesario del depósito conserva su esencialidad, aunque no represente el “fin último” o la “finalidad empírica esencial” perseguida por las partes. Concluye el autor que el contrato de depósito presenta un esquema

---

<sup>663</sup> GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., págs. 218 y sig.

<sup>664</sup> *Ibidem*, págs. 56-64. No obstante, a pesar de su diferenciación admite que los dos conceptos no son impermeables y separados. La calificación causal de un acto de la autonomía privada, sea típico o atípico, puede acudir a la noción de función cuando la causa no sea clara, ayudando así a la plena determinación del tipo negocial.

<sup>665</sup> *Ibidem*, págs. 252-257.

negocial elástico, en cuanto susceptible de utilizaciones prácticas diversas y ulteriores sin alterar la prestación de custodia-conservación.

Tras recoger estas líneas de pensamiento, MORAIS ANTUNES reconduce los términos de la argumentación al concepto de la causa del contrato<sup>666</sup>. El autor parte de que uno de los elementos esenciales para determinar la calificación de un contrato es la causa, entendida como función económico-individual y concreta que el negocio es llamado a realizar<sup>667</sup>. Asumiendo la existencia de dicha causa, no considera correcto prescindir de los objetivos que las partes buscan al celebrar un contrato ni de los fines ulteriores que instrumentalizan el tipo adoptado, por lo que discrepa de aquellos autores que no atribuyen relevancia jurídica a los fines ulteriores o mediatos que determinan la celebración del contrato, que *“deberán ser tenidos en cuenta a partir del momento en el que, traspasando la esfera psicológica de las partes, se proyectan en el contrato, transformándose así en intereses que el negocio es llamado directamente a realizar”*.

Según esta perspectiva, la expresión “motivos” o “fines mediatos” debe ser reservada para los *“intereses y necesidades particulares de orden económico-social que las partes tienden a satisfacer a través del contrato, pero que –por cualquier razón- quedan fuera del esquema negocial. Consecuentemente, a partir del momento en que tales finalidades se inserten, expresa o tácitamente, en la economía del contrato, abandonando la categoría de simples “motivos”, para pasar a integrar la causa concreta del tipo negocial, deben ser tenidos en cuenta, señaladamente a los efectos de la calificación contractual”*.

Aplicando esta afirmación general al supuesto del depósito, constata el autor que el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado (según la construcción que inició NICOLÒ y que será analizada posteriormente) es un contrato cuya finalidad es la garantía de las obligaciones. El depositante-deudor pone la prestación debida en manos de un tercero, depositario, que deberá entregarla bien al depositante o bien a una tercera persona (acreedor

---

<sup>666</sup> MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., págs. 150 y sig.

<sup>667</sup> *Ibidem*, págs. 150-156. De acuerdo con Paes de Vasconelos y Bianca, entiende que una de las fases de la calificación consiste en la comparación entre la “función” del tipo pactado por las partes y la que es típica del contrato. Solo así será posible verificar si el interés concretamente actuado a través del negocio se corresponde o no con los intereses propios del tipo legal y concluir, si existe un desvío, que no estamos ante el tipo legal.

de la obligación principal) según se verifique o no un evento determinado relativo a dicha obligación principal. Las partes buscan un fin (mediato) de garantía: asegurar al tercero beneficiario del depósito-acreedor principal frente al eventual incumplimiento de la obligación por parte del deudor-depositante. También desean la custodia temporal de la cosa, pero esta se encuentra funcionalmente instrumentalizada a la consecución de tal finalidad mediata. Es de tal intensidad esta finalidad que no puede relegarse a un simple motivo sin relevancia, sino que ha de tenerse en cuenta como un “interés” que el contrato busca realizar.

Así pues, al igual que FUNAIOLI o GRISI, afirma que el depósito es un tipo negocial caracterizado por su polivalencia funcional, que permite que a su función social típica-principal, la custodia, se añada una función suplementaria y accesorio pero igualmente típica, de garantía de las obligaciones<sup>668</sup>.

Es preciso realizar varias observaciones a la posibilidad de que el depósito desarrolle una función de garantía. La primera tiene que ver con el concepto de la causa del contrato, y lo que se entienda por “función” del mismo. La función o finalidad que desempeña el contrato queda englobada dentro del aspecto objetivo de la causa, y no existe base para considerar ambos conceptos como algo separado e independiente, ni en el Derecho común ni en el Derecho navarro<sup>669</sup>. La función del contrato de depósito es la obtención de guarda en interés del depositante. Los motivos o finalidades concretas que persiguen los contratantes (que para GRISI constituyen la “función” del contrato) pueden quedar incorporados al contrato cuando sean perseguidos por ambas partes y sean introducidos en el contrato de común

---

<sup>668</sup> Concluye que el depósito en favor de sujeto alternativamente determinado, como verdadero contrato de depósito con una función de garantía surge como un símbolo emblemático del proceso de evolución de los tipos legales, caracterizado por la profundización en la polivalencia funcional de los referidos tipos, sin que implique la pérdida de su identidad fundamental. Esto excluye que se califiquen como atípicos. *Ibidem* pág. 157.

<sup>669</sup> De Castro o Lacruz, con referencia también a la opinión de otros autores, se refieren a la finalidad del contrato, a la función del contrato, al fin económico y social, etc. Véase DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit., pág. 181. LACRUZ BERDEJO, J.L. “La causa en los contratos de garantía”, cit., págs. 711-712.

acuerdo, en la línea de lo sostenido por MORAIS ANTUNES, y que es admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>670</sup>.

Al hilo de esta primera objeción se plantea una segunda, también relacionada con la causa, esta vez referida ya al contrato de depósito y al propósito de garantía perseguido por las partes. Y es que ha de plantearse en este caso qué finalidad es la prevalente: la de guarda o la de garantía. Solo existe contrato de depósito si la obligación de guarda es la esencial y por tanto la causa del contrato, siendo los motivos de las partes, incluso los incorporados al contrato, secundarios. En caso contrario, si la finalidad esencial es la garantía (como se desprende incluso de los razonamientos recogidos de GRISI, MORAIS, etc., a pesar de que parten de la existencia de un contrato de depósito), podrá haber una obligación de guarda en el negocio, pero no constituirá ni contrato de depósito ni contrato de custodia.

La última observación tiene que ver con el concepto de “garantía” y por tanto con la supuesta finalidad que se persigue con el contrato de depósito. En general no se emplea el término garantía en sentido estricto, como medio de reforzamiento de la posición ordinaria del acreedor<sup>671</sup>. Pero es que el acreedor ni siquiera obtiene la pretendida garantía de la misma forma en todas las modalidades de depósito en función de garantía, según se examinará a continuación. Por ello no se puede generalizar sobre la supuesta función de garantía ejercida en abstracto por el contrato de depósito. A lo sumo, habrá que estudiar cómo se pretende conseguir esa finalidad en cada específica modalidad de contrato de depósito. Ello sin olvidar que además de la causa de custodia son elementos esenciales en el contrato de depósito su celebración en interés del depositante y la restitución a requerimiento de este.

### **3.3.- Contratos de depósito que cumplen una función de garantía**

Se señalan habitualmente dos modalidades de verdadero contrato de depósito que despliegan una función de garantía: el depósito en interés de

---

<sup>670</sup> Ver, sobre los motivos causalizados del contrato, la nota 236.

<sup>671</sup> Según se recogió en el Capítulo II, epígrafe 1. Refiriéndose al depósito en interés de tercero (art. 1773 *Codice Civile*) Luminoso reconoce que no se puede hablar de garantía en sentido técnico, pero sí bastante específico, siendo la coerción indirecta que produce este negocio similar a la del derecho de retención. LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo...”, cit., pág. 431.

tercero y el depósito a favor de tercero con sujeto alternativamente determinado<sup>672</sup>. El Fuero Nuevo coloca también dentro del Título relativo a los contratos de custodia el secuestro convencional (a pesar de que no es considerado generalmente como un verdadero contrato de depósito) por existir obligación de guarda para el secuestratario. Así que las tres figuras citadas encuentran cabida en la Compilación (se verá de qué manera) en sede de contratos de custodia, como consecuencia de la palpable influencia que ejerció sobre la misma el *Codice Civile* y la doctrina italiana en materia de depósito en función de garantía.

### 3.3.1.- Depósito en interés de tercero

Los contornos de esta figura ya fueron examinados, tanto para el Derecho italiano como para el Derecho navarro<sup>673</sup>, por lo que aquí se examinará brevemente su calificación como depósito.

Como fue expuesto, en el depósito en interés de tercero el deudor entrega una cosa, distinta de la debida, a un sujeto que no es su acreedor, siendo esta entrega calificada como un contrato de depósito que presenta la peculiaridad de que el depositario no debe restituir al depositante salvo que cuente con el consentimiento del tercero, que logra, así, la facultad de vetar la restitución. En este supuesto, es cierto que el depositario tiene una obligación de guarda, debe custodiar y conservar el objeto entregado. Pero, frente al genuino contrato de depósito, en este caso la propia ley (art. 1773 *Codice Civile*, art. 1193 Código Civil portugués, ley 552 FN) introduce la noción del interés de un tercero (el acreedor), distinto al del depositante. Y la propia configuración del negocio excluye la posibilidad de restitución a requerimiento del deudor-depositante, pues para ello es imprescindible el consentimiento del acreedor. Estas dos circunstancias se relacionan estrechamente con la finalidad perseguida por las partes, que es atribuir la posesión de un objeto al depositario, quien la conservará hasta que se compruebe la inexistencia o extinción de una obligación entre depositante y

---

<sup>672</sup> A pesar de que en nuestra opinión no existe propiamente contrato de depósito, se mantendrá la denominación de “depósito” en función de garantía, “depósito” en interés de tercero, “depósito” a favor de sujeto alternativamente determinado, etc... por estar comúnmente extendidas y para no crear confusión en la exposición.

<sup>673</sup> Ya tratado en el Capítulo I, 1.3.2.1 a) y b).

tercero. El depósito en interés de tercero desempeña así una función de garantía al ejercer una coerción indirecta o presión psicológica para que el deudor cumpla, similar a la que se ejerce con el derecho de retención<sup>674</sup>. Observa LUPOI que se predispone así un medio de garantía, porque se conserva en el patrimonio del deudor un bien sobre el que trabar el embargo en caso de resultar existente la obligación entre deudor y acreedor<sup>675</sup>.

Así descrita, la figura del depósito en interés de tercero no reúne los requisitos para ser considerado un auténtico contrato de depósito, a pesar de que exista obligación de guarda para el depositario, pues esta no se desarrolla en interés del depositante, ni puede recuperar la cosa a su conveniencia. Realmente la finalidad económico-social prevalente en el negocio es la función de coerción o la de predisponer un bien que el deudor podrá embargar (sin preferencia alguna sobre otros acreedores), siendo la obligación de guarda instrumental para alcanzar dicha finalidad.

A pesar de no constituir un verdadero depósito, se trata de una figura típica, que los legisladores italiano y portugués colocan en sede de contrato de depósito, y el legislador navarro en sede de contratos de custodia, y a la que le resultan de aplicación las normas del contrato de depósito, fundamentalmente en cuanto a la responsabilidad del depositario por la custodia y conservación de la cosa. En el Fuero Nuevo así se infiere de la disposición contenida en la ley 553<sup>676</sup>.

En cualquier caso, como ya se apuntó, la concreta redacción de la ley 552 del Fuero Nuevo hace inaplicable en la práctica el depósito en interés de tercero, y por otro lado, es obvio que el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.II FN) tiene un funcionamiento que no coincide con el del depósito en interés de tercero.

---

<sup>674</sup> LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...”, cit., págs. 457- 458. LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo e depositi irregolare...”, cit., págs. 431- 432. Este efecto de coerción es compartido por el derecho de retención (ley 473 FN) y por las arras confirmatorias penales (ley 467 FN). Ello nos lleva a apuntar la posibilidad (sobre la que no es posible ahondar aquí) de que el depósito en interés de tercero pueda considerarse una figura de garantía real o incluso que pueda subsumirse como derecho de retención convencional.

<sup>675</sup> LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...”, cit., pág. 458. Aunque sin preferencia sobre el resto de los acreedores.

<sup>676</sup> Si se considerara la obligación de guarda como la finalidad esencial del negocio le serían de aplicación todas las normas del Título relativo a los contratos de custodia, pero desde el punto de vista práctico serían básicamente las normas sobre obligaciones del depositario, pues las relativas, por ejemplo, al momento de la restitución son incompatibles con la figura del depósito en interés de tercero.

### 3.3.2.- El secuestro convencional

El Fuero Nuevo no regula específicamente la figura conocida habitualmente como secuestro convencional, por la cual se entrega a manos de un secuestratario la cosa sobre la cual varios sujetos mantienen una controversia (art. 1798 *Codice Civile*, art. 1202 Código Civil portugués) o sobre la que se creen con derecho (art. 1763 CC)<sup>677</sup>. No obstante, el secuestro convencional se entiende comprendido en la mención que la ley 548, párrafo 1.a) hace a que “*cuando fueren varios los depositantes, deberá devolverse a todos conjuntamente, salvo que se haya pactado hacerlo a uno de ellos determinado... por un evento posterior*”<sup>678</sup>. En esta disposición quedan englobados tanto los supuestos que tradicionalmente se comprenden en el secuestro convencional, en los que existe litigio o controversia sobre la cosa depositada, como otros en los que no exista tal conflicto y el sujeto al que haya de realizarse la entrega se determine por cualquier otra circunstancia (la verificación de una condición, el cumplimiento de una obligación, etc.). La figura de la Compilación tiene, por ello, un ámbito de aplicación mucho más amplio que el tradicionalmente atribuido al secuestro convencional y se presta a su mayor utilización<sup>679</sup>.

---

<sup>677</sup> El Código Civil en su artículo 1763.2 tampoco emplea la denominación “secuestro”, ni se refiere a cosa litigiosa, sino que es suficiente con que varios sujetos “*se crean con derecho a la cosa depositada*”. Sin embargo, entiende Roca Juan que si se pretendió con ello eliminar el secuestro convencional no se consiguió puesto que si todos se creen con derecho a la cosa y convienen entregarla a un tercero para garantizar su conservación es porque esperan que la decisión se la atribuya a alguno de ellos. Esta decisión, no obstante, no tiene por qué ser judicial, puede ser el resultado de un arbitraje o una mediación. ROCA JUAN, J. “Artículos 1758-1789”, cit., págs. 202-203.

<sup>678</sup> OZCÁRIZ MARCO, F. “Comentario a las leyes 546-555”, cit., pág. 1871. PARDINAS SANZ, J.R. “Comentario a las leyes 546-554”, cit., págs. 192-193.

<sup>679</sup> Por ello la denominación “secuestro convencional” quizás no sea la más adecuada por estar muy ligada a la expresión “secuestro” y a la existencia de un litigio o controversia sobre la cosa. En el Fuero Nuevo tal vez sería más ajustada la expresión “depósito a favor de sujeto alternativamente determinado por un evento posterior”, aunque tampoco es satisfactoria pues como se verá, se concluye que no existe en esta figura un contrato de depósito. Como se ha referido, el Código Civil tampoco utiliza la expresión secuestro convencional pero sí lo hace la doctrina, entre otros: Roca Juan o Díez Soto.

Exceptuando la exigencia de controversia o disputa sobre la cosa depositada, la figura de la ley 548.1.a) del Fuero Nuevo presenta la misma estructura y función que las que se le atribuyen al secuestro convencional<sup>680</sup>:

1. El depósito debe celebrarse por dos o más personas. Cabría pensar que hay una pluralidad de partes en el lado activo de la relación contractual, pero no se trata exactamente de dos o más personas que ocupan la posición de depositante y ostentan la misma posición jurídica sobre la cosa, como ocurre en el supuesto de pluralidad de depositantes previsto en la propia ley 548 del Fuero Nuevo (también en el art. 1772 CC), en cuyo caso la cosa ha de devolverse conjuntamente a todos los depositantes<sup>681</sup>. En el supuesto que se analiza, el depósito lo realiza solo una de las partes, la que ostente la posesión de la cosa, y no se le restituirá a este sino a quien corresponda alternativamente según el evento fijado en el contrato. Para ROCA JUAN, cabe entender que existe una *“especie de acto jurídico colectivo previo en el que las voluntades de todos los que se creen con derecho a la cosa discutida, incluido el que la tiene, coinciden en que este constituya el depósito, bajo el presupuesto de que el depositario acepte entregarla a quien corresponda”*. Este acuerdo explica que el depositante no tenga la facultad de solicitar la restitución por su voluntad, y que el depositario asuma la obligación de guarda no solo frente al depositante sino también frente a los demás<sup>682</sup>.
2. A tenor de lo dispuesto por la ley 548.1.a) del Fuero Nuevo, no es requisito imprescindible que todos los depositantes se creen con derecho a la cosa (art. 1763 CC), ni que exista un litigio o controversia sobre la titularidad de la cosa o de un derecho sobre la misma<sup>683</sup>. Es suficiente con que dos o más sujetos acuerden que

---

<sup>680</sup> Seguimos a ROCA JUAN, J. “Artículos 1758-1789”, cit., pág. 203 y a PERCHINUNNO, R. “Il sequestro convenzionale”, en *Trattato di Diritto Privato (Diretto da Pietro Rescigno)*, V. XII, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1985, pág. 598 y sig. Con la referida salvedad de que el Fuero Nuevo no exige controversia sobre la cosa.

<sup>681</sup> OZCÁRIZ MARCO, F. “Comentario a las leyes 546-555”, cit., pág. 1871.

<sup>682</sup> ROCA JUAN, J. “Artículos 1758-1789”, cit., pág. 204.

<sup>683</sup> El artículo 1798 del *Codice* italiano de 1942 presupone la existencia de una “controversia” entre las partes en cuanto a la cosa. La doctrina italiana, con alguna excepción, interpreta esta exigencia de forma amplia, no referida exclusivamente al proceso judicial. PERCHINUNNO, R. “Il sequestro convenzionale”, cit., pág. 598, con cita de otros.



la cosa quede depositada en manos de una tercera persona, para que este la entregue a quien que resulte determinado según el evento señalado en el propio contrato de depósito.

3. El objeto depositado ha de ser el objeto controvertido o el objeto de la prestación principal que se vincula al depósito.
4. El depositario debe entregar la cosa a quien corresponda según el resultado del “evento posterior”, sea este el resultado de un litigio, de un arbitraje, el acaecimiento de una condición, etc. El sujeto a quien corresponde la restitución es alternativamente determinado.

Aunque la ubicación de la figura en sede de contratos de custodia y la expresa denominación “depósito” de la ley 548.1.a) de la Compilación puedan inducir a creer lo contrario, la naturaleza jurídica del secuestro convencional y su calificación como una modalidad de contrato de depósito se descarta si se repara en su configuración y en la finalidad perseguida por las partes<sup>684</sup>.

Que el depositario tiene obligación de guardar la cosa no se discute. Pero la finalidad de custodia y conservación de la cosa no es el contenido y finalidad del negocio, sino que es meramente instrumental. El fin principal perseguido por las partes es el de asegurar la cosa temporalmente en manos

---

En el Código Civil portugués se exige una controversia entre las partes en cuanto a la propiedad o titularidad de un derecho sobre la cosa depositada (art. 1202 CC portugués). No obstante, tampoco es imprescindible que el litigio tenga carácter judicial. MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., págs. 95-96.

<sup>684</sup> Así lo afirman: FUNAIOLI, C. A. “Depósito, sequestro convenzionale...”, cit., pág. 109. MAJELLO, U. “*Il deposito nell’interesse del terzo...*”, cit., pág. 320.

Para el Derecho común: ALBALADEJO, M. *Derecho civil II*, cit., pág. 827. ROCA JUAN, J. “Artículos 1758-1789”, cit., págs. 204-205. Badosa no es tan rotundo en descartar la existencia de un depósito en el artículo 1763 del Código Civil que poseería una “calificación extrema”, es decir, se halla en el límite del tipo “depósito”. BADOSA COLL, F. “Artículos 1758-1789”, en la obra colectiva *Comentario del Código Civil*, 2ª edición, Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 1712.

Respecto al Derecho portugués, Morais sostiene que se trata de un subtipo de depósito. El legislador portugués, a diferencia del italiano, optó por incluir el depósito de cosa controvertida en la disciplina del contrato de depósito. MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., págs. 94-95.

neutrales<sup>685</sup>. Se predispone así una forma de autotutela privada y preventiva, garantizando al que tenga derecho a la cosa la plena disponibilidad material y la integridad de la cosa misma<sup>686</sup>.

Tampoco se dan en el secuestro convencional las otras notas típicas del contrato de depósito: celebración en interés del depositante y restitución a su requerimiento, sino que se celebrará en interés del secuestrante y del otro u otros sujetos que aspiran a atribuirse la cosa<sup>687</sup>, y se entregará la cosa a cualquiera de ellos, en el momento en que se resuelva la controversia.

Esto conduce a afirmar que se trata de un depósito voluntario “*solo por el nombre que le da el Código, porque el conjunto negocial cumple una finalidad muy específica y distinta: la de garantizar las resultas de una controversia*” (ROCA JUAN)<sup>688</sup>. Para FUNAIOLI, constituye el paradigma de contrato real que produce una obligación de guarda pero al servicio de fines distintos que la propia guarda. Se trata así de una figura nominada que se rige en primer lugar por lo pactado y subsidiariamente por las normas del depósito en cuanto a la obligación del depositario, y por las normas del mandato si además de guardar asume la obligación de administrar la cosa<sup>689</sup>.

Esta conclusión es plenamente aplicable al Fuero Nuevo en el que, a pesar de colocarse el “depósito a favor de sujeto alternativamente determinado por un evento posterior” en sede de depósito [ley 548.1.a) FN], no es calificable, en nuestra opinión, ni como depósito ni como contrato de custodia, pues la guarda no es finalidad esencial del negocio sino secundaria o instrumental de la finalidad de asegurar la cosa que ha de recibir uno de los “depositantes”<sup>690</sup>. A pesar de no considerarse depósito, el resultado práctico

---

<sup>685</sup> De acuerdo con FUNAIOLI, C. A. “Depósito, sequestro convenzionale...”, cit., pág. 108. En el mismo sentido ALBALADEJO, M. *Derecho civil II*, cit., pág. 827. ROCA JUAN, J. “Artículos 1758-1789”, cit., págs. 204-205.

En el caso portugués se señala como motivo que mueve a las partes a celebrar este tipo de contrato la necesidad de evitar que durante la pendencia del litigio el litigante-poseedor de la cosa adquiera la propiedad o cualquier otro derecho sobre la misma mediante la usucapión. MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., pág. 97

<sup>686</sup> PERCHINUNNO, R. “Il sequestro convenzionale”, cit., pág. 597.

<sup>687</sup> FUNAIOLI, C. A. “Depósito, sequestro convenzionale...”, cit., 107.

<sup>688</sup> ROCA JUAN, J. “Artículos 1758-1789”, cit., pág. 205.

<sup>689</sup> PERCHINUNNO, R. “Il sequestro convenzionale”, cit., pág. 597.

<sup>690</sup> Ozcáriz no se pronuncia expresamente sobre si la figura constituye un contrato de depósito. OZCÁRIZ MARCO, F. “Comentario a las leyes 546-555”, cit., pág. 1871. Si parece considerarla

es la aplicación al depositario de las normas relativas a las obligaciones del depositario (ley 553 FN), dado que asume una obligación de guarda.

### 3.3.3.- El contrato de depósito a favor de sujeto alternativamente determinado

Bajo diferentes denominaciones<sup>691</sup> se conoce la figura que comprende “*todos los casos en que siendo incierto que una determinada cosa deba o no ser entregada a un tercero (por ej. el precio debido en una compraventa sujeta a condición suspensiva) las partes acuerdan que una de ellas (el posible deudor) deposite la cosa que eventualmente deberá ser prestada, a una persona de confianza de ambas, a quien se le dan instrucciones para, en función de la verificación o no de la referida condición, entregue al tercero o, a la inversa, restituya al depositante*” (MORAIS ANTUNES<sup>692</sup>). Como ejemplo emblemático de este tipo de depósito se señala el supuesto de la Sentencia resuelta por la Corte de Casación italiana de 15 de enero de 1937, *Cavallini c. Galassi*<sup>693</sup>.

---

un contrato de depósito PARDINAS SANZ, J.R. “Comentario a la ley 546-554”, cit., págs. 200-201.

<sup>691</sup> Al “depósito en favor de sujeto alternativamente determinado” se refieren Luminoso y Morais Antunes. LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo e depositi irregolare...”, cit., pág. 429. MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., pág. 81. Nicolò, en parecidos términos, lo denomina “depósito trilateral en favor de sujeto alternativamente determinado”. NICOLÒ, R. “Deposito in funzione di garanzia...”, cit., pág. 1480. “Depósito suspensivamente condicionado a favor de un tercero”, “depósito a favor de tercero” o expresiones similares utiliza Lupoi. LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito”, cit., pág. 447 y sig. Aquí se empleará la denominación “depósito a favor de sujeto alternativamente determinado”.

<sup>692</sup>MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., pág. 81.

<sup>693</sup> El Tribunal Supremo español enjuició un supuesto calificable como depósito a favor de sujeto alternativamente determinado en la sentencia de 20 de diciembre de 2004. El comprador y el vendedor de dos inmuebles celebraron una compraventa sujeta a la condición suspensiva de que el vendedor consiguiera que para una fecha determinada estos se encontraran libres de cargas y de inquilinos (se planteó como cuestión nueva en el recurso de casación si constituía una condición suspensiva o resolutoria, por lo que el Tribunal Supremo no entra sobre esa cuestión). A tal fin convinieron que el comprador depositara la cantidad de 4.000.000 de pesetas en manos de un tercero, la persona que había intervenido en la operación como asesor inmobiliario, quien debía entregarlos al vendedor, si se cumplía la condición de que las viviendas estuvieran libres de cargas, o restituirlos al comprador en caso contrario. No se cumplió la condición y el contrato de compraventa se declaró resuelto judicialmente, ordenándose la restitución de la cantidad depositada al comprador. Respecto al depositario, se interpreta que fue nombrado por ambas

Desde el punto de vista estructural, el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado se configura por la suma de los siguientes elementos<sup>694</sup>:

1. Existe un negocio principal surgido con independencia al depósito, celebrado entre acreedor y deudor, y sujeto a una condición suspensiva<sup>695</sup>.

---

partes y ante la reclamación de restitución que le habían efectuado ambos depositantes actuó correctamente al no devolver la cantidad a ninguno de los dos (art. 1775 CC).

<sup>694</sup> LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...”, cit., págs. 448-452.

Las figuras del depósito en interés de tercero y del depósito a favor de sujeto alternativamente determinado tienen en común que han sido enmarcadas mayoritariamente como modalidad de contrato de depósito y que pueden desempeñar una función de garantía. Sin embargo, existentes diferencias importantes entre las dos:

- a) La función de garantía no se desempeña de idéntica forma. En el depósito en interés de tercero se pretende garantizar a este que su deudor (el depositante) no podrá recuperar la cosa entregada en tanto no se cumpla la condición, produciéndose una coerción indirecta para que el deudor cumpla. En el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado se pretende asegurar al acreedor que una vez verificada la condición impuesta en el negocio principal podrá obtener la cosa depositada, que mientras habrá sido custodiada por un sujeto de total confianza y solvencia.
- b) En cuanto al derecho atribuido al tercero respecto al depósito existe una diferencia fundamental que es clave en la distinción entre depósito en interés de tercero y depósito a favor de sujeto alternativamente determinado. En el primer caso el tercero ostenta el derecho de impedir la restitución de la cosa al depositante. En el segundo caso el tercero, beneficiario del depósito, adquiere un auténtico derecho de exigir que le entreguen la cosa tras la verificación de la condición. Esto es, puede resultar sujeto activo del derecho a la restitución de la cosa.
- c) En cuanto a la *res* depositada, en el depósito en interés de tercero será una cosa distinta de la prestación debida (en caso contrario se imposibilita prácticamente el desempeño de una función de garantía). En el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado la cosa depositada es, precisamente, la cosa debida.
- d) En el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado existe un negocio preexistente que vincula al deudor (depositante) y al acreedor (tercero, respecto al depósito), al que queda unido funcionalmente el contrato de depósito. En el depósito en interés de tercero no tiene por qué haber un negocio principal, ni aquel vínculo negocial.

LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...” cit., págs. 459-461.

<sup>695</sup> Lupoi señala que también es posible, aunque menos frecuente, que se encuentre sujeto a término, de tal forma que el depositario no deba entregar la cosa depositada al tercero hasta que llegue una fecha determinada. En este caso, para el autor, el depósito asegura al tercero sustituyendo al deudor original por otro más seguro y fiable. No obstante, observamos que cuando el depósito está sujeto a término, el sujeto de la restitución ya no es alternativo, por lo que falla

2. Entre el deudor y un depositario, distinto al acreedor de la obligación principal, se celebra un contrato de depósito, al que se le añade una cláusula que establece que la cosa deberá ser entregada al acreedor o al depositante según se verifique o no la condición relativa al negocio fundamental. En ocasiones se tiende a confundir y situar esta condición en el contrato de depósito<sup>696</sup>. Sin embargo, no es correcto. El contrato de depósito no está sujeto a condición. La obligación de restitución que incumbe al depositario no es incierta, deberá restituir en todo caso. Lo que ocurre es que el sujeto activo de esa restitución se determina alternativamente<sup>697</sup>. Por otro lado, aunque no sea frecuente, nada obsta a que intervenga también el tercero-acreedor en la conclusión del contrato de depósito, en cuyo caso se constituiría un depósito con pluralidad de depositantes<sup>698</sup>.
3. Existe una vinculación negocial entre el contrato de depósito y el negocio fundamental, imprescindible en la figura<sup>699</sup>.
4. El objeto depositado es el objeto de la obligación principal.

En el Derecho navarro, por la particular amplitud del “secuestro convencional”, algunas formas de depósito a favor de sujeto alternativamente determinado encuentran cabida en la ley 548.1.a) del Fuero Nuevo. En concreto, aquellos supuestos en los que tanto el depositante como el tercero participen en la conclusión del contrato de depósito, y en los que el “evento

---

una de las características propias de esta modalidad de “depósito”, además de que a nuestro juicio ya no existe finalidad asegurativa ni de garantía sino que el tercero desempeña el papel de un *adiectus solutionis causa*. En lo que sí nos mostramos de acuerdo con Lupoi es que si desaparece la condición, el depósito a favor de tercero no cumple ninguna función de garantía: el depositante entrega al depositario y este a su vez ha de entregar el objeto al tercero.

<sup>696</sup> El propio Lupoi habla de “depósito suspensivamente condicionado”, y llega a afirmar que se constituye un depósito en el que se añade una condición. LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...”, cit., pág. 448. También GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 319.

<sup>697</sup> Así lo aclaran MAJELLO, U. “Il deposito nell’interesse del terzo...”, cit., pág. 325, y LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo e depositi irregolare...”, cit., pág. 430.

<sup>698</sup> LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo...”, cit., pág. 429, nota 10.

<sup>699</sup> LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...”, cit., págs. 448-449. Sobre el *collegamento negocial* véase especialmente nota 541.

posterior” que determine la restitución de la cosa depositada sea el acaecimiento de una condición puesta en un negocio principal<sup>700</sup>.

La doctrina ha observado que en el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado, el tercero, aunque no intervenga en la celebración del depósito, adquiere un derecho propio a la entrega de la cosa depositada, surgido de la estipulación a su favor entre depositante y depositario. Por ello la figura, que carece de regulación específica en Italia y en Portugal, se ha encuadrado en ambos países en la disciplina del contrato a favor de tercero (arts. 1411 y sig. *Codice Civile*, arts. 443 y sig. Código civil portugués)<sup>701</sup>. Esta configuración mayoritaria como contrato a favor de tercero también encontraría cabida en el Fuero Nuevo, aunque dentro de la categoría de estipulación<sup>702</sup>. La Ley 523 expresamente considera válida la estipulación a favor de tercero cuando se haga para “*constituir un crédito de restitución... de cosa comodada o depositada*”.

---

<sup>700</sup> La doctrina italiana y portuguesa señala como diferencias entre el secuestro convencional y el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado las siguientes:

- a) En el secuestro convencional no existe obligación principal en garantía de la cual se celebre el depósito ni hay, por tanto, vinculación entre el secuestro y el negocio principal. Lo que hay es una controversia o litigio entre las partes que afecta a una cosa determinada.
- b) El secuestro se celebra con la intervención de todos los contendientes. En el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado el deudor de la obligación principal es necesariamente el depositante, aunque nada impide que el acreedor de la obligación principal participe en el contrato de depósito.
- c) En el primer caso, todos los secuestrantes se creen con derecho a la cosa, lo que no sucede en el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado.
- d) Se restituye a la persona que tenga éxito en la pretensión, en el caso del secuestro, y a la persona que resulte según la condición en el supuesto del depósito a favor de sujeto alternativamente determinado.

Véase LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo e depositi irregolare a scopo di garanzia...”, cit., pág. 431, nota 22. MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., págs. 99-100.

<sup>701</sup> GIORGIANNI, F. “Depositi bancari anomali a vantaggio di un terzo”. *Rivista di diritto Commerciale*, Anno LXVIII, (1970), fascicolo 1-2, Parte Prima, págs. 21-22. LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo e depositi irregolare...”, cit., págs. 429-430. GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., págs. 318 y sig. LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...”, cit., pág. 455. MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., pág. 81.

<sup>702</sup> Ya tratada en el Capítulo I, especialmente nota nº 95. La doctrina admite que el negocio que origina la estipulación a favor de tercero puede ser una estipulación pero también un contrato, por lo que el contrato a favor de tercero estaría comprendido en esta ley 523 FN.

Sin embargo, la situación que se produce en la figura objeto de análisis no encaja en el esquema del contrato a favor de tercero<sup>703</sup>. En este, desde la conclusión del contrato a su favor, el tercero adquiere el derecho a la prestación, pudiendo reclamar su cumplimiento al deudor. En el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado, en cambio, la titularidad del derecho a la entrega de la cosa depende de la verificación de la condición, y hasta ese momento ni depositante ni tercero pueden considerarse titulares del derecho a la entrega. Además, en este supuesto el depositante puede resultar beneficiario del derecho a la restitución, cosa que no es posible cuando se celebra un contrato a favor de tercero.

Por tanto, a pesar de que esta sea la opinión dominante, el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado no se ajusta al esquema del contrato a favor de tercero. Es más. La introducción del interés de un tercero altera profundamente el esquema del contrato de depósito hasta el punto de que, en nuestra opinión, y al igual que ocurre en el secuestro convencional, se desbordan sus límites y surge una figura en la que existe obligación de custodia pero que no constituye una modalidad de contrato de depósito<sup>704</sup>.

En el contrato de depósito existe obligación de custodiar y conservar una cosa en interés del depositante<sup>705</sup>. En el llamado depósito a favor de sujeto alternativamente determinado, en cambio, la cosa se coloca en manos de un depositario no en interés del depositante, sino en interés del acreedor, que prefiere que la cosa debida esté en manos de alguien distinto del deudor durante la pendencia de la condición. Este interés del acreedor responde al carácter central de la función de garantía que se le atribuye al depósito<sup>706</sup>.

---

<sup>703</sup> Así lo puso de manifiesto GIORGIANNI, F. “*Depositi bancari anomali a vantaggio di un terzo*”, cit., pág. 18.

<sup>704</sup> Como ya se indicó, no se ha prestado atención al depósito a favor de sujeto alternativamente determinado ni en el Derecho navarro ni en el Derecho común, aunque pueden trasladarse aquí parte de las opiniones recogidas sobre el secuestro convencional (epígrafe anterior) y las que se recogerán a continuación sobre el *escrow*, dado el gran parecido entre el secuestro convencional, el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado y el *escrow*.

<sup>705</sup> Ya se expuso (Capítulo II, 2.1) que este interés es el primordial incluso cuando coexiste con el interés del depositario.

<sup>706</sup> Que los autores estiman compatible con la guarda propia del depósito. Véanse las opiniones recogidas en el epígrafe 3.2. Para apoyar la posibilidad de que además de la custodia el depósito pueda desempeñar una función de garantía aporta Morais como principales argumentos el hecho de que la ley ha reconducido el depósito en interés de tercero a los cuadros del contrato de



Pero han resultado alteradas las características básicas del contrato de depósito, finalidad de guarda en interés del depositante y restitución a requerimiento de este, por lo que no puede considerarse la figura denominada como depósito a favor de sujeto alternativamente determinado como una modalidad de contrato de depósito<sup>707</sup>.

Es preciso recordar que la presencia de una obligación de guarda no es exclusiva del contrato de depósito, sino que puede estar presente como obligación accesoria en otros negocios en los que se ha de entregar una cosa, que tienen su propia causa objetiva (así en la compraventa, comodato, prenda, etc.) y que solo en aquellos supuestos en los que la finalidad de guarda sea esencial y no instrumental existe contrato de depósito. Esta pacífica afirmación se incumple al afirmar que el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado desempeña una función de guarda y al mismo tiempo de garantía, y equivaldría a afirmar que el negocio tiene una doble causa objetiva.

Es necesario reconducir la cuestión y reconocer cuál es la intención que persiguen las partes al celebrar un depósito a favor de sujeto alternativamente determinado, que es asegurar al acreedor la subsistencia de la cosa debida en tanto se verifica la condición impuesta en el negocio principal. Así se desprende incluso de aquellos autores que defienden la existencia de un depósito, por encima de lo cual resaltan la función de garantía del mismo<sup>708</sup>. La guarda de la cosa es meramente instrumental a esta finalidad.

---

depósito, y que el artículo 1193 del Código Civil portugués se inspiró en el artículo 1773 del *Codice Civile* que, a su vez, tiene origen en un caso judicial donde se discutía precisamente la naturaleza jurídica del depósito a favor de sujeto alternativamente determinado. MORAIS ANTUNES, *Do contrato de depósito escrow*, cit., págs. 154-156. Sin embargo, esta cadena de remisiones se asienta sobre la equivocación de identificar contrato de depósito con obligación de guarda.

<sup>707</sup> Tal y como puso de manifiesto Grasseti, que niega la posibilidad de un depósito “trilateral”. Rechazó tajantemente que el depósito pueda desempeñar una función de garantía pues si la finalidad es la garantía no es un depósito. La exclusión de la facultad del depositante de solicitar la restitución de la cosa depositada cuando quiera, elemento esencial del contrato de depósito, descarta asimismo que la figura del depósito en función de garantía constituya un depósito. GRASSETTI, C. “*Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario*”, cit., pág. 97 y sig. Ya aludido en el Capítulo I, 1.3.1.5.

Nicolò bordeó esta cuestión indicando que existen una serie de fórmulas que, “*en los límites consentidos a la autonomía privada, alteran el esquema típico del contrato, permitiendo realizar una función que trasciende la función normal del contrato de depósito*”. NICOLÒ, R. “*Deposito e contratto a favore di terzo*”, cit., pág. 451.

<sup>708</sup> Véase al respecto las opiniones de Funaioli, Grisi o Morais, recogidas en el epígrafe 3.2.



Aunque aquí no se considere el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado como un contrato de depósito, es útil profundizar en la forma en la que se despliega la función de garantía en esta figura, en orden a compararla más adelante con el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN).

Como ya se ha indicado, para algunos autores la garantía se obtiene en el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado mediante la privación al deudor de la disponibilidad sobre la cosa, cumpliendo una finalidad asegurativa similar a la del secuestro convencional<sup>709</sup>. Para SANTORO-PASSARELLI la función de garantía del depósito es puramente psicológica, pues se sustituye al deudor originario por otro que al acreedor le reporta mayor tranquilidad, por sus cualidades subjetivas, pero no se ofrece con este mecanismo ninguna seguridad adicional al acreedor<sup>710</sup>. Desde esta perspectiva podría aludirse, más que a la función de garantía del negocio, a una función asegurativa.

Sin embargo, para otros autores el acreedor obtiene seguridad por la duplicación de deudores que produce el depósito, pues el acreedor podrá reclamar la entrega de lo depositado al depositario, y además conserva la posibilidad de reclamar el cumplimiento de la obligación principal al deudor<sup>711</sup>.

La cuestión de si se opera una sustitución del deudor original por uno más solvente y fiable, o si se duplican las posiciones deudoras tiene que ver obviamente con la posición de los respectivos autores en cuanto a si la entrega

---

<sup>709</sup> LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...”, cit., pág. 448. También Bigiavi calificó el depósito en función de garantía como figura intermedia entre el depósito regular y el secuestro. BIGIAMI, W. “Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario”, cit., pág. 262.

Aunque puntualiza Lupoi que la llamada al secuestro convencional es impropia porque en el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado no existe controversia.

<sup>710</sup> SANTORO-PASSARELLI, F. “Deposito in luogo di adempimento...”, cit., pág. 285. En el mismo sentido LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo...”, cit., pág. 429.

<sup>711</sup> Así, NICOLÒ, R. “Deposito in funzione di garanzia...”, cit., págs. 1481-1482. GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 320 y sig. MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., págs. 84-93.

Lo cual conduciría a calificar el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado como un contrato de garantía, de acuerdo con el concepto adoptado en el Capítulo II (epígrafe 1).

al depositario produce efecto liberatorio para el deudor y, en consecuencia, sobre quién recae el riesgo de incumplimiento del depositario.

Aquellos que sostienen que el deudor originario se sustituye por otro más solvente y fiable para el acreedor argumentan que la entrega efectuada por el deudor al depositario produce efectos liberatorios para el primero. En consecuencia el acreedor solo puede dirigirse contra el depositario, pues no conserva ninguna correlativa pretensión contra el deudor<sup>712</sup>. Para alcanzar esta conclusión se basan, por un lado, en que es injusto gravar siempre al deudor con el riesgo de incumplimiento del depositario de modo que en todos los casos tenga que realizar un nuevo pago al acreedor. En este sentido se ha señalado que la persona del depositario se elige de común acuerdo por el acreedor y el deudor, o incluso que el depósito se hace para satisfacer un deseo del acreedor, no para tutelar la exigencia del deudor, por lo que resulta más equitativo que este soporte el riesgo de incumplimiento del depositario. Por otro lado, se argumenta que el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado comparte función de garantía con el secuestro convencional y, por tanto, por analogía con este, el riesgo de incumplimiento recaerá en aquel sujeto que resulte titular del derecho a la restitución, según la verificación de la condición o según el resultado de la controversia.

Respecto a la forma en que resulta liberado el deudor, SANTORO-PASSARELLI descartó que la entrega de la cosa debida al depositario constituyera un pago, y en su lugar sostuvo que la liberación del deudor a través del depósito se producía de una forma distinta al cumplimiento<sup>713</sup>. Baraja el autor la posibilidad de que exista una novación, o un subrogado del cumplimiento, apostando por esta última opción<sup>714</sup>.

---

<sup>712</sup> BIGIAMI, W. “Deposito in funzione di garanzia...”, cit., págs. 262-263. SANTORO-PASSARELLI, F. “Deposito in luogo di adempimento”, cit., págs. 284-285. MAJELLO, U. “Il deposito nell’interesse del terzo”, cit., pág. 318. VITTORIA, D. “Pegno irregolare”, cit., pág. 7.

<sup>713</sup> Admite que no es posible considerar la entrega como cumplimiento pues el depositario deberá alternativamente entregar al vendedor o restituir al comprador. SANTORO-PASSARELLI, F. “Deposito in luogo di adempimento”, cit., pág. 284. Lupoi descarta también que el depósito responda a una causa *solvendi*, que sí existe, por ejemplo, en el depósito puro a favor de tercero, en el que el depositante entrega la cosa al acreedor por medio del tercero. LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito...”, cit., pág. 451.

<sup>714</sup> Le sigue Vittoria quien afirma “*en realidad se crea un mecanismo dirigido a hacer del depósito un subrogado del cumplimiento, para el caso de que el deponente no cumpla al vencimiento, en caso contrario se legitima al depositante y no al tercero a pretender la restitución*”. VITTORIA, D. “Pegno irregolare”, cit., pág. 7. Bigiavi no llegó a explicar cómo se producía el efecto liberatorio para el comprador. Por su parte, Majello acude a la disciplina del contrato a favor de

En cambio, otros autores han sostenido que el “depósito” no produce efectos liberatorios para el deudor, y por tanto ante el eventual incumplimiento, el acreedor conserva intacta la posibilidad de reclamar a aquel, *ex negocio principal*, además de dirigirse contra el depositario, *ex depósito*<sup>715</sup>. NICOLÒ ya defendió en relación al supuesto *Cavallini c. Galassi* que la obligación garantizada, en aquel caso la compraventa, se extinguía solo con la efectiva entrega de la cosa al acreedor, por lo que hasta ese momento el vendedor podía reclamar tanto al depositario como al comprador, que seguía vinculado al cumplimiento de la obligación principal. Esta opinión ha sido secundada por GRISI y MORAIS ANTUNES, que la señalan como más acorde con la voluntad de las partes, que no quieren sustituir un deudor por otro, ni que el deudor quede liberado de su obligación principal, además de que técnicamente el depósito no puede producir a la vez una novación objetiva y subjetiva que provoque la extinción de la obligación garantizada.

Para estos autores la función de garantía no surge de la pérdida de disponibilidad material por el deudor, sino de la duplicación de deudores, cuyo origen es el depósito<sup>716</sup>. Esta afirmación pasa por alto que lo entregado al depositario es la cosa objeto de la prestación principal, que puede consistir, no solo en dinero (supuesto en el que se centran quizás inconscientemente) sino también en una cosa mueble determinada, en cuyo caso no se puede pretender reclamar la misma prestación a dos deudores diferentes<sup>717</sup>. Además, esta posición, llevada hasta sus últimas consecuencias, conduce no solo a abandonar el ámbito y la lógica del contrato de depósito, sino a situarnos

---

tercero, que tampoco ofrece soluciones propias, debiendo acudir a la normativa de otros contratos. MAJELLO, U. “Il deposito nell’interesse del terzo”, cit., pág. 350 y sig.

<sup>715</sup> NICOLÒ, R. “Deposito in funzione di garanzia...”, cit., pág. 1481. GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pág. 320 y sig. MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., pág. 92.

<sup>716</sup> Para Morais la duplicación se produce después de la adquisición por el beneficiario del depósito del derecho a exigir el cumplimiento de la prestación directamente al depositario.

Grisi diferencia entre el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado sujeto a término y el sujeto a condición. En este segundo coincide con Morais, en que la duplicación se produce desde el momento de verificación de la condición, que le atribuye al acreedor el derecho a la entrega, mientras que en el depósito sujeto a término (en el que criticamos que no existe sujeto alternativamente determinado ni función asegurativa) la duplicación de posiciones deudoras se produce desde el inicio.

<sup>717</sup> Grisi reconoce este problema en el depósito “condicionado”. GRISI, G. *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., págs. 339 y sig.

plenamente en el ámbito de las garantías. Como asevera MORAIS ANTUNES: *“En verdad, la individualización de un sujeto distinto al deudor que –por sus características personales- es llamado a cumplir una obligación garantizada constituye, en la lógica de la garantía de las obligaciones, un elemento que no debe ser infravalorado”*<sup>718</sup>. En realidad lo que sostiene es que mediante el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado, el acreedor puede reclamar a un sujeto distinto y más solvente que su deudor original, además de a este, consiguiendo el efecto propio de las garantías personales.

Consideramos que esta segunda teoría conduce a unas consecuencias excesivas que no concuerdan con el funcionamiento y la finalidad del depósito a favor de sujeto alternativamente determinado. Cuando lo entregado es una cosa específica, el acreedor no ve incrementadas sus posibilidades de cobro mediante su constitución en depósito a manos de un tercero, sino que obtiene seguridad para la cosa, porque el depositario está obligado a guardarla y a entregarla al sujeto que resulte determinado por el cumplimiento de la obligación principal. En este supuesto, además, no es posible sostener que se duplican las posiciones deudoras, pues el objeto de la prestación solo es uno, y se encuentra en manos del depositario. Por ello no se le puede exigir un segundo cumplimiento al deudor.

Cuando lo entregado es una cosa genérica, por ejemplo el dinero del precio de una compraventa, y se deposita en manos de un tercero, el acreedor obtiene la misma seguridad para el objeto depositado que en el supuesto anterior, y el deudor-depositante obtiene para su dinero la misma seguridad de que le será restituido que conseguiría en un depósito irregular, y sin embargo, nadie diría que a través de él el depositante consigue el efecto de garantía propio de las garantías personales.

Sin desconocer la difícil consideración de la entrega por parte del deudor al depositario como un subrogado del cumplimiento, lo cierto es que entender que cumple un efecto liberatorio para el deudor es más acorde con la configuración del depósito a favor de sujeto alternativamente determinado.

Como recapitulación, el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado supone una relación trilateral con una finalidad o causa propia, constituida por la pretensión de garantizar o asegurar el objeto de la prestación principal, ya consista este en una cosa específica o en una cosa fungible. En

---

<sup>718</sup> MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., pág. 92.

el debate doctrinal se ha dado por pacífica la existencia de un depósito, pero lo cierto es que no se cumplen los requisitos para considerar que existe tal tipo contractual, principalmente porque la obligación de custodia no es la causa del negocio, sino que es instrumental, está al servicio de la finalidad de asegurar la cosa. Existe un contrato real, que en el Derecho navarro en ocasiones estará tipificado [cuando cumpla los presupuestos de la ley 548.1.a) FN], en el que el receptor tiene obligación de custodiar y entregar alternativamente bien al deudor, bien al acreedor, según se cumpla o no la condición impuesta en el negocio principal con el que se vincula el depósito. Las partes configuran así una forma de autotutela privada y preventiva, que garantiza al que tenga derecho a la cosa su plena disponibilidad y su integridad misma, al igual que sucede en el secuestro convencional.

### 3.3.4.- El escrow. Posible identificación con el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado

Como ya se explicó, el *escrow* consiste en la entrega material de un bien mueble (habitualmente dinero) a un sujeto (*escrow holder*) con la obligación de este de entregarlo a una tercera persona o al propio depositante, según se produzca o no cierto evento específicamente señalado en el contrato, y puede revestir diferentes formas y desempeñar finalidades diversas, entre ellas la de garantía.

En su recepción en el Derecho español, una reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2014, ha declarado que el contrato *escrow* “*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 (...)*”<sup>719</sup>. En este contexto, la caracterización de la figura “*en*

---

<sup>719</sup> La sentencia sitúa sus ámbitos de aplicación: en el sector de la propiedad intelectual e informático (*escrow* informático o *escrow* de software); del desarrollo de la nueva economía, instrumentalizando los pagos de las compraventas realizadas a través de internet; de las transacciones internacionales, asegurando su correcta ejecución; del crédito hipotecario, como cuenta en depósito en garantía para el pago de impuestos y seguros del bien hipotecado; y en la práctica jurídico financiera, donde “*destaca su marcado carácter instrumental respecto del complejo negocio querido por las partes, y su función genérica de aseguramiento de la correcta ejecución programada*”.

*esta fase inicial de progresiva consolidación, responde a una valoración necesariamente abierta y flexible”.*

A pesar de la flexibilidad a la que alude el Tribunal Supremo, su estructura se caracteriza por la existencia de un contrato por el cual las partes acuerdan depositar la cosa debida en un contrato principal a manos de depositario *escrow*, quedando este obligado a entregarlo a un tercero o restituirlo al depositante, según las circunstancias designadas en el propio contrato<sup>720</sup>. Se trata de un contrato necesariamente ligado a otro contrato principal, suscrito entre los contratantes de dicho negocio principal y un tercero, a quien confían el acompañamiento y ejecución de ese negocio subyacente<sup>721</sup>. Cada uno de estos sujetos (depositante, beneficiario de los bienes depositados y depositario *escrow*) participa en el contrato representando un conjunto de intereses económicos propios que esperan ver realizados a través del *escrow*, constituyendo tres partes formal y materialmente distintas<sup>722</sup>.

Así descrito, hay que destacar que el contrato puede encontrar acomodo en el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado por un evento posterior previsto en la ley 548.1.a) del Fuero Nuevo.

La función del *escrow* se sitúa de forma amplia en el “*aseguramiento de la correcta ejecución de la relación negocial proyectada*” (STS de 24 de octubre de 2014), que se consigue gracias a la intervención del depositario.

---

<sup>720</sup> Carrasco (que lo denomina también depósito bilateral) y De Reina lo circunscriben al depósito del precio aplazado en la compraventa, pero no tiene por qué. CARRASCO PERERA, A., “La prenda de créditos”, cit., pág. 290. DE REINA TARTIÈRE, G. “El *escrow* account: contrato y garantía”, cit., pág. 1. Morais, efectivamente, no lo restringe al ámbito de la compraventa. MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., págs. 162 y sig.

<sup>721</sup> De acuerdo con Morais, a quien seguimos. MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., págs. 165 y sig.

<sup>722</sup> Por ello Morais lo califica de contrato trilateral. Indica que es posible, aunque raro en la práctica, que el depósito *escrow* se celebre solo entre depositante y depositario, a favor de un eventual beneficiario que no interviene en el depósito efectuado a su favor.

La sentencia del TS de 24 de octubre de 2014 recoge como elemento básico de la figura “*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*”.

Ahora bien, hay importantísimos matices que llevan a los autores a concluir que existe o no en el *escrow* una verdadera función de garantía y desembocan en diferentes calificaciones de la figura.

Por un lado, algunos autores encuadran el *escrow* como una modalidad de depósito. Distingue MORAIS ANTUNES dos situaciones posibles<sup>723</sup>.

La primera se produce cuando el negocio principal con el que se coliga el *escrow* está sujeto a una condición suspensiva. En este caso, el *escrow* coincide con un depósito a favor de sujeto alternativamente determinado en el que, en su opinión, la finalidad de custodia es compatible con la finalidad de garantía. Esta finalidad de garantía no reside tanto en la indisponibilidad de los bienes por parte del deudor depositante sino en la duplicación de posiciones deudoras, pues el acreedor puede reclamar tanto al depositario como al deudor. El *escrow* se configura, así, como modalidad de contrato de depósito, o como contrato mixto entre depósito a favor de tercero alternativamente determinado y contrato de mandato, cuando el depositario recibe instrucciones para administrar los bienes depositados en garantía.

En la segunda situación el *escrow* asegura el cumplimiento de una obligación principal no condicional. En estos casos, como la obligación principal no está sujeta a condición suspensiva, el depósito se corresponde con la realización de la prestación debida y funciona como cumplimiento de la obligación. El depositario desempeña el papel de un *adiectus solutionis causa*<sup>724</sup>. El depósito *escrow* descarta considerablemente el riesgo de incumplimiento de la contraprestación para el acreedor y al mismo tiempo asegura al depositante, en su caso, la posibilidad de recuperar más fácilmente la cosa que entregó en cumplimiento del contrato.

---

<sup>723</sup> MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., págs. 272 y sig. También De Reina sitúa el *escrow* en el ámbito del contrato de depósito, que desempeña dos funciones: solutoria, pues la transferencia que hace el comprador tiene como finalidad el pago del precio de la compraventa, y de garantía, en el sentido de impedir la disponibilidad sobre los fondos que han sido entregados. Para el autor el depositario asume una obligación de guarda en favor del depositante, y la función de garantía operaría de modo mediato, como motivo del contrato. DE REINA TARTIÈRE, G. “El *escrow account*: contrato y garantía”, cit., págs. 2-3.

<sup>724</sup> Tal y como se afirmó aquí también para el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado sujeto a término, en lugar de a condición. En este caso, en nuestra opinión desaparece la función de garantía. Véase nota 695.



Por su parte el Tribunal Supremo en la Sentencia ya aludida descarta que la naturaleza del *escrow* sea la de un contrato de depósito y establece que, dada la función de aseguramiento de la correcta ejecución de la relación negocial proyectada y la participación del agente *escrow*, “desde esta tipicidad básica o nuclear la fuente informadora y de integración supletoria de esta figura atípica queda referenciada en el contrato de mandato”. Aunque esta es la primera vez en la que se utiliza expresamente el término “*escrow*” (motivado probablemente por la propia utilización del término en el complejo contrato celebrado entre las partes), lo cierto es que no es el primer supuesto en el que el Tribunal Supremo se enfrenta a un supuesto de este tipo.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2009 se resolvió un supuesto que encaja en la configuración del *escrow*<sup>725</sup>, sobre el que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de octubre de 2003 había entendido que “cualquiera que fuera la calificación del contrato (depósito con designación de las personas a que debía entregarse la cosa, depósito similar al secuestro convencional o depósito con elementos propios del mandato) el depositario debía ejercitar el encargo de nombrar auditor y distribuir la cosa depositada según la auditoría, razón por la cual no podía la depositante, por su sola voluntad, imponer al depositario la devolución”. Como puede comprobarse, la primera de las opciones que plantea la Audiencia coincide con el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado.

El Tribunal Supremo entiende que el encargo conferido al abogado constituía un mandato, al cual se añadió un verdadero contrato de depósito, afirmando:

*“Ciertamente la relación jurídica entre las partes era sin duda compleja. No obstante, desde una perspectiva subjetiva hay dos hechos inobjectables: por un lado, que la compraventa solo alcanzaba*

---

<sup>725</sup> La empresa Papeles y Cartones de Europa S.A. había comprado a D. Julián unas participaciones de la empresa Embalatges Sentelles, S. L. El precio de venta, determinado inicialmente en algo más de treinta y nueve millones de pesetas, se depositó mediante un pagaré en poder de D. Juan Enrique, abogado en ejercicio, a la espera de que una auditoría determinara el patrimonio real neto de Embalatges Sentelles, S. L. y por tanto el precio a pagar definitivamente por las participaciones. Una vez conocido el resultado de la auditoría, el depositario debía entregar la suma recibida en depósito bien a los vendedores, o en la parte proporcional correspondiente a vendedores y compradora, o incluso íntegramente a la compradora. La compradora, a la vista de la situación patrimonial de la empresa solicitó que le fuera entregado el importe íntegro del precio, del que había recibido tan solo una parte.



*a comprador y vendedor y, por otro, que el Sr. Juan Enrique recibió el mandato común de distribuir el precio conforme a determinadas pautas convenidas entre las partes. Y a la vez que aceptó tal mandato, se constituyó un depósito en su poder para una vez decidido el precio restituir la parte de dicho depósito que correspondiera a los compradores y devolver la parte del depósito que no tuviera la condición de precio a los vendedores. Evidentemente la entrega de una suma de dinero con la obligación de guardarla y restituirla cumplía todos los presupuestos del art. 1758 CC, por lo que resulta no solo lógica sino obligada la configuración contractual que la Sala ha efectuado. A ello no empece que tal depósito fuera un contrato instrumental respecto del mandato, como ambos lo eran de la compraventa convenida.”*

Por su parte, CARRASCO, admitiendo la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación que cumple el *escrow* mediante la entrega de lo debido a un tercero, destaca que no se trata de una figura de garantía, pues no existe prenda, ni prenda de créditos<sup>726</sup>. Partiendo del funcionamiento de la figura, resalta que entre acreedor y deudor *“no se requiere tal garantía real, pues la garantía definitiva para cada uno de ellos es que el crédito contra el depositario solo nace si se realiza la contingencia que aparece como presupuesto de este derecho y que, por definición, tendrá lugar cuando el derecho de la otra parte esté satisfecho o no haya cuestiones pendientes entre ellos. Lo que nada les garantiza este depósito es que comprador o vendedor tengan respecto del dinero depositado ninguna preferencia frente al resto de acreedores del depositario”*.

Por último, el *escrow* también se ha reconducido al negocio fiduciario, cuando se transmite la propiedad de los bienes al depositario (señaladamente cuando se trata de dinero o bienes fungibles), aunque no se alude a una transmisión fiduciaria en garantía, sino a una fiducia con fin de administración, o bien a un negocio de confianza, de fiducia en sentido amplio<sup>727</sup>.

---

<sup>726</sup> Aunque podría pactarse. CARRASCO PERERA, A. “La prenda de créditos”, *cit.*, págs. 293-294.

<sup>727</sup> MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, *cit.*, págs. 284 y sig. DE REINA TARTIÈRE, G. “El *escrow* account: contrato y garantía”, *cit.*, págs. 5-6.

La diversidad de situaciones y configuraciones expuestas hace evidente la necesidad de un estudio y reflexión profundas sobre la figura y su recepción en nuestro ordenamiento, al igual que sobre la finalidad de garantía en el depósito, cuestiones sobre las que no podemos extendernos más. Nuestro objetivo es desentrañar la naturaleza de la figura de la ley 474.II del Fuero Nuevo y para ese propósito puede extraerse una modesta conclusión consistente en la apreciación de que la estructura del *escrow* puede coincidir con el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado, cuando la obligación principal asegurada sea condicional, y que, al igual que este, el *escrow* asegura o garantiza la ejecución del contrato principal mediante el aseguramiento de la cosa.

### **3.4.- Exclusión de un contrato de depósito en el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN)**

Aunque se deduce ya del examen de las figuras anteriores, conviene descartar definitivamente que el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) constituya una modalidad de contrato de depósito, en este caso irregular, que pueda desempeñar una función de garantía.

La razón fundamental es coincidente con la que se esgrimió para negar la existencia de un contrato de depósito en el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado: el negocio no tiene como causa la custodia del dinero o bienes fungibles por el depositario en interés del depositante, sino la garantía de la obligación principal<sup>728</sup>. La función económico-social del depósito en garantía ha de considerarse en su conjunto (*Para garantía del cumplimiento de una obligación puede constituirse...*). Solo de esta manera se comprende qué es lo que realmente pretenden las partes: ofrecer al acreedor una garantía de ver satisfecha la obligación principal, mediante la entrega de dinero o bienes fungibles por el deudor a un tercero, quien asume una obligación genérica de restituir el *tantundem*. El depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) no persigue la guarda de las cosas depositadas ni tampoco reúne el resto de características esenciales del

---

<sup>728</sup> A continuación se abordará definitivamente si el depósito en garantía a manos de tercero confiere al acreedor el mismo aseguramiento que el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado o que el secuestro convencional.

contrato de depósito: celebración en interés del depositante y restitución en cualquier momento a requerimiento de este.

Es preciso recordar que el depósito irregular en el Fuero Nuevo requiere la presencia de dos elementos: el objeto del depósito han de ser bienes fungibles, y el depositante debe haber concedido al depositario facultades para disponer de las cosas<sup>729</sup>. En el depósito en garantía en manos de tercero se cumple el primer requisito, pero hay que prestar atención al segundo. En este sentido, el depositario en garantía adquiere la propiedad de las cosas fungibles entregadas por expresa declaración de la ley 474 de la Compilación, sin necesidad de que el depositante le haya concedido expresa o tácitamente facultades de disposición. Esta diferencia con el depósito irregular es, sin duda, influencia de la figura del primer párrafo de la mencionada ley, que no exige la concesión de facultades de disposición al depositario en garantía, sino que presume la voluntad de las partes de transmitir la propiedad de las cosas entregadas. Depósito irregular y depósito en garantía producen el efecto de transmitir la propiedad al *accipiens*, pero mientras en el primero es necesario probar que se le concedieron facultades de disposición al depositario (ley 554 FN), en el segundo (ley 474 FN) se presume la transmisión de la propiedad al depositario, y si las partes no desean que se produzca dicho efecto deben proceder a la especificación de los bienes<sup>730</sup>.

Si se atiende a la causa del depósito irregular, en su sentido objetivo, la misma consiste en que el depositario guarde el dinero en interés del depositante. El depositario adquiere una obligación genérica, de restituir el *tantundem*, y el depositante obtiene la tranquilidad de que su dinero está a buen recaudo y podrá recuperarlo en cualquier momento. ¿Es esto lo que mueve al deudor a entregar el dinero o bienes fungibles al depositario en garantía? Consideramos que no, ni aunque se tenga en cuenta aisladamente la entrega al depositario por parte del deudor, porque este no lo entrega para conseguir la seguridad de su dinero, ni en su exclusivo beneficio, sino para garantizar al acreedor, y en beneficio de este. Puede que al depositante en garantía ni siquiera le corresponda la restitución del *tantundem*, y aunque

---

<sup>729</sup> Confrontar con Capítulo II, epígrafe 2.1.

<sup>730</sup> De acuerdo con lo que se expuso en el Capítulo II, 3.7.1. En cuyo caso si el dinero o cosas fungibles se entregan individualizados al acreedor existiría una prenda regular, y si la entrega se efectúa a un tercero, una prenda regular en manos de tercero.

llegara a corresponderle, en ningún caso le sería devuelto a su requerimiento, como sería propio de un depósito irregular, sino a partir del momento en que la obligación principal haya quedado cumplida. La atribución de la propiedad del dinero no obedece a una causa de custodia sino a una causa de garantía, que explica que la obligación de restitución tenga, en este caso, sujeto alternativamente determinado<sup>731</sup>.

La finalidad de garantía no es “indirecta”, “ulterior” o “accesoria” a la obligación de guarda. Al contrario, la pretensión de garantizar la obligación principal es la función principal y causa del depósito en garantía.

Aunque se haya descartado la existencia de un contrato de depósito irregular en el depósito en garantía en manos de tercero, conviene abordar su comparación con el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado (en el cual a nuestro juicio tampoco existe contrato de depósito), con el que presenta, a primera vista, una gran proximidad. Estructuralmente, tienen en común:

- La presencia de tres sujetos (deudor, acreedor y depositario).
- La existencia de un negocio principal entre deudor y acreedor.
- La vinculación entre el negocio principal y la entrega que se efectúa al depositario<sup>732</sup>.
- La obligación del depositario de restituir la cosa (o el *tantundem*, si lo entregado fue una cosa genérica y adquirió su propiedad), alternativamente al deudor o al acreedor según una circunstancia relativa al negocio principal.

Sin embargo, un análisis más atento descubre una primera diferencia que resultará fundamental: independientemente de cual sea el objeto de la prestación principal, el depósito en garantía siempre tiene por objeto dinero o bienes fungibles, mientras que en el depósito a favor de sujeto

---

<sup>731</sup> En el depósito en garantía en manos del acreedor determina que la obligación de restitución a cargo del acreedor sea eventual, frente a otros negocios restitutorios en los que siempre se produce la restitución (en el mutuo o en el depósito irregular).

<sup>732</sup> En el caso del depósito en favor de sujeto alternativamente determinado se trata de vinculación o *collegamento* negocial entre el negocio principal y este depósito. En el caso del depósito en garantía se trata de un vínculo de accesoriadad, aunque lo cierto es que, a efectos prácticos, ambos conceptos conducen a afirmar que la suerte del depósito está ligada a la del negocio principal. La diferencia reside en que en el caso del *collegamento* negocial existen dos negocios independientes que quedan unidos por voluntad de las partes, mientras que cuando el vínculo es de accesoriadad la vinculación es un elemento natural del conjunto del negocio.

alternativamente determinado la cosa depositada siempre coincide con el objeto de la prestación principal, pudiendo consistir esta tanto en una cosa mueble determinada como en dinero u otras cosas fungibles<sup>733</sup>.

Esta diferencia determina qué es lo garantizado realmente por cada una de estas figuras. En el depósito en garantía (ley 474.II FN) lo que las partes pretenden no es asegurar la cosa debida, colocándola en manos neutrales mientras se cumple la condición impuesta en el negocio principal, como en el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado. Lo que las partes pretenden con la constitución del depósito en garantía es el aseguramiento de la obligación principal, las consecuencias de su incumplimiento, no el aseguramiento del objeto de dicha obligación principal (por ello dispone la ley 474 FN “*Para garantía del cumplimiento de una obligación...*”) <sup>734</sup>. Por ello se entrega dinero o bienes fungibles de fácil valoración, que pueden cubrir el importe de cualquier deuda, sea pecuniaria, de hacer o no hacer. El depositario en garantía se convierte en deudor de una obligación genérica y, en cuanto tal, responderá con todas las cosas que pertenezcan al mismo género de cosas entregadas que haya en su patrimonio, en la medida de la cantidad depositada en garantía.

---

<sup>733</sup>Morais Antunes también señala esta diferencia entre el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado y el depósito caucional. Aunque el Código Civil portugués declara que el depósito caucional (art. 623 CC) se tiene como una prenda (art. 666.2 CC), mientras que el Fuero Nuevo carece de disposición equivalente. MORAIS ANTUNES. *Do contrato de depósito escrow*, cit., pág. 116.

Ya se indicó que en el secuestro convencional también se deposita la cosa objeto de la prestación principal, y que en aquellos casos en que intervengan en la conclusión del contrato tanto deudor como acreedor, señalándose como “evento posterior” el cumplimiento de la obligación principal, coinciden el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado y el “secuestro convencional” según la amplia concepción del Fuero Nuevo. Por ello, cuando el objeto debido en el secuestro convencional consista en dinero o bienes fungibles (por ejemplo, el precio de una compraventa) existirá prácticamente coincidencia entre el secuestro convencional y el depósito en garantía en manos de tercero. No sorprende pues que para Ozcáriz el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) constituya un “secuestro convencional irregular en garantía”. OZCÁRIZ MARCO, F., “Comentario a las leyes 463-474”, cit., pág. 1598.

En el depósito en interés de tercero lo depositado tampoco es la cosa debida, pero el esquema de esta figura no encaja con la del depósito en garantía en manos de tercero, según se puso de manifiesto.

<sup>734</sup> Cuando la prestación principal en el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado consista en una obligación pecuniaria (el pago del precio de una compraventa, por ejemplo) se minimiza esta diferencia. Aun así, la cantidad de dinero entregada será coincidente con la cuantía debida, circunstancia que no tiene por qué darse en el depósito en garantía, en la que la garantía puede superar o no alcanzar el importe de la obligación principal.

Ligado con esta diferencia en cuanto al objeto asegurado, estructuralmente se diferencia el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado del depósito en garantía en que en el primero el negocio principal está sujeto a condición, y es la verificación o no de la condición lo que determina a quién ha de entregar la cosa debida el depositario. En el depósito en garantía en manos de tercero, en cambio, lo que determina el sujeto al que corresponde la entrega del objeto depositado en garantía es el cumplimiento de la obligación principal, que no puede considerarse como condición<sup>735</sup>. Esta circunstancia corrobora que la pretensión de las partes en el depósito en garantía es ofrecer seguridad al acreedor, no conservar la cosa en beneficio de su eventual titular.

Por último, mientras el depósito en garantía siempre produce la transmisión de la propiedad al depositario, y así lo declara expresamente la ley 474 del Fuero Nuevo, el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado solo producirá dicho efecto transmisivo cuando lo entregado sean cosas fungibles.

La siguiente cuestión que hay que responder es si el depósito en garantía (ley 474.II FN) produce una sustitución del deudor originario por un deudor más seguro, excluyendo la posibilidad de reclamar a aquel ante el incumplimiento del depositario<sup>736</sup>, o si por el contrario se produce una duplicación de las posiciones deudoras. Nos inclinamos por esta segunda opción, y en consecuencia, por afirmar que el acreedor mantiene la posibilidad de reclamar, a su elección, el cumplimiento de la obligación principal a su deudor-depositante en garantía, o la entrega del *tantundem* al depositario en garantía, en base a las siguientes consideraciones:

- El acreedor puede tener interés en obtener la prestación *in natura*. El depósito en garantía puede asegurar el cumplimiento de cualquier obligación, no solo pecuniaria, por lo que el acreedor garantizado puede preferir el cumplimiento exacto de la obligación principal.

---

<sup>735</sup> Ello no impide que el negocio principal esté sujeto a condición, o a término, pero no es el elemento que determina el sujeto al que el depositario en garantía debe entregar.

<sup>736</sup> Esta solución es la que aquí se entiende más acorde con el funcionamiento del depósito a favor de sujeto alternativamente determinado, aunque hay que recordar que la doctrina se encuentra dividida entre quienes entienden que el depósito produce efecto liberatorio para el deudor-depositante, y aquellos que lo rechazan.

- El importe del dinero o el valor de los bienes fungibles depositados en garantía puede ser inferior al de la obligación garantizada, por lo que aunque el depositario en garantía entregue los citados bienes al acreedor, este conserva la posibilidad de reclamar la diferencia al deudor.

De lo anterior cabe mantener que el depósito en garantía no tiene efecto liberatorio para el deudor-depositante en garantía. El riesgo de incumplimiento del depositario lo asume el deudor, que tendrá que cumplir la obligación principal frente a su acreedor, a pesar de haberle entregado el dinero o bienes fungibles al depositario en garantía. Posteriormente tendrá que proceder a reclamar al depositario en garantía la devolución de lo depositado pues este, una vez determinado el sujeto al que corresponde la entrega del dinero, ya no tiene causa para retenerlo. Su apropiación constituiría un enriquecimiento injusto (ley 508 FN)<sup>737</sup>.

A pesar de lo inconveniente que puede resultar para el deudor hacer frente a la obligación principal y posteriormente reclamar al depositario en garantía la restitución del *tantundem*, le reportará cierta tranquilidad el hecho de que sea una obligación genérica.

El depósito en garantía, por todo lo anterior, presenta similitudes con el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado, pero no pueden identificarse ambas figuras. De las diferencias expuestas se confirma que la pretensión del legislador fue la de configurar en la ley 474.II de la Compilación una auténtica garantía, que constituyera una simple modalidad del depósito en garantía en manos del acreedor, con la cual garantizar el cumplimiento de una obligación principal. El depósito a favor de sujeto alternativamente determinado va dirigido, en cambio, al aseguramiento de la cosa debida, encontrando acomodo, en ciertos casos, en la ley 548.1.a) del Fuero Nuevo<sup>738</sup>.

---

<sup>737</sup> Al margen de la comisión de un delito de apropiación indebida.

<sup>738</sup> Cuando deudor y acreedor intervengan en el contrato de depósito, y el “evento posterior” que determina el sujeto de la entrega sea el acaecimiento de una condición impuesta en el negocio principal celebrado entre acreedor y deudor. En el resto de supuestos el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado constituirá una figura atípica, aunque muy próxima a la del secuestro convencional.

#### 4.- Verdadera naturaleza jurídica del depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN)

Hay que afrontar finalmente si se logra la pretensión del legislador y mediante el depósito en garantía en manos de tercero se confiere al acreedor una verdadera garantía, reforzando sus posibilidades de cobro, y de qué manera se consigue este propósito.

De lo analizado hasta ahora, se puede de afirmar que el depósito en garantía en manos de tercero constituye un contrato de garantía, pues el acreedor ve incrementado su patrimonio con un derecho subjetivo nuevo y diferente a su derecho de crédito originario. Este nuevo derecho consiste en la posibilidad de reclamar al depositario en garantía el *tantundem* de lo entregado en garantía<sup>739</sup>. Gracias a la celebración del depósito en garantía, el acreedor podrá realizar su crédito, bien reclamando al depositario, bien a su deudor original. Al igual que sucede en la figura del primer párrafo de la ley 474 del Fuero Nuevo, el depósito en garantía en manos de tercero ostenta causa de garantía, en el sentido de que su función o finalidad típica está constituida por la pretensión de reforzar la posición del acreedor en cuanto a la realización de la obligación principal.

Más problemática es la calificación del depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) como garantía real. Es preciso recordar que las garantías reales se caracterizan por afectar una cosa determinada al cumplimiento de una obligación, con eficacia *erga omnes*. Algunas de ellas, los derechos reales de garantía, consiguen esa afectación mediante el otorgamiento al acreedor de la posibilidad de instar la venta del bien por los procedimientos establecidos y mediante el reconocimiento de la preferencia al acreedor para cobrar sobre el dinero obtenido de dicha venta, con exclusión de cualquier otro acreedor. Por su parte, en las garantías reales que utilizan el dominio, la eficacia *erga omnes* se consigue precisamente gracias al derecho de propiedad, pues al transferirse este al acreedor, el bien objeto de la garantía queda fuera del poder de agresión de otros acreedores del deudor, como en la fiducia en garantía (ley 466 FN) o en el depósito en garantía en manos del

---

<sup>739</sup> El concepto de contrato de garantía y la definición de la causa en los mismos ya fueron expuestos en el Capítulo II, epígrafe 1.



#### 4.- Verdadera naturaleza jurídica del depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN)

acreedor (ley 474.I FN). El acreedor puede hacer valer así la garantía *erga omnes* y obtiene exclusividad para satisfacerse sobre la cosa objeto de la garantía.

En el depósito en garantía en poder de tercero, en cambio, el acreedor no adquiere la propiedad de la cosa depositada, por lo que no goza de la exclusividad que atribuye el depósito en garantía en manos del acreedor. Ante el incumplimiento del deudor, este ostenta simplemente un derecho de crédito frente al depositario en garantía, que no es privilegiado<sup>740</sup>. Si un acreedor del depositario en garantía pretende embargar el dinero o las cosas fungibles que le fueron entregadas en garantía, el acreedor no tiene mecanismo para impedirlo pues la tercería de mejor derecho (art. 614 LEC) prospera solo cuando existe preferencia legalmente reconocida. Y en caso de insolvencia del depositario en garantía, el acreedor no goza de ningún privilegio, ostentando únicamente un derecho de crédito ordinario frente a aquel. El problema fundamental del depósito en garantía en manos de sujeto distinto al acreedor es, pues, el de su eficacia frente a terceros, en el sentido de que el acreedor no tiene medios para hacer valer su garantía ante la agresión de otros posibles acreedores del depositario y no existe la afectación de la cosa a la satisfacción del crédito propia de las garantías reales. La situación del acreedor cuyo crédito está garantizado con un depósito en garantía en manos de tercero es, respecto de terceros, comparable a la del acreedor que recibía en garantía un depósito bancario antes de que el Tribunal Supremo admitiera la prenda de créditos<sup>741</sup>.

DÍAZ-BRITO considera forzoso por ello excluir el carácter de garantía real del depósito en garantía con intervención de tercero, que sí ostentan, en cambio, la prenda regular y la prenda irregular. Parte de que, en estas últimas, aunque se consiga de diferente forma, el carácter real de la garantía con la que

---

<sup>740</sup> La voluntad privada no puede otorgar preferencias para el cobro, pues la creación de privilegios está reservada al legislador. Por todos, LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros. *Elementos de derecho civil, II, I*, cit., pág. 276. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Las relaciones obligatorias*, 6ª edición Madrid, Thomson Civitas, 2008, pág. 906.

Es más, el legislador navarro no tiene competencia para crear privilegios, estando la materia reservada a la competencia del legislador estatal pues afecta a la prelación de créditos.

<sup>741</sup> Que la doctrina, por cierto, calificaba de injusta y no ajustada a la voluntad de las partes, que pretendían otorgar una auténtica garantía. Para el Tribunal Supremo constituía un contrato atípico, admisible al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), con efectos entre las partes. Ya aludido en el Capítulo II, 3.4.1.

cuenta el acreedor reside en la afección o sujeción de un bien a la satisfacción de su crédito. Sin embargo, en la prenda irregular con intervención de tercero, afirma que “*la afectación del dinero entregado por el deudor a la satisfacción del crédito asegurado no existe literalmente*”<sup>742</sup>.

En este sentido, MARTÍNEZ ROMANO y FUZETA DA PONTE denominan garantías aparentes a ciertas figuras, que aparecen principalmente en la práctica bancaria, que tienen una mera eficacia obligacional, y en consecuencia producen efectos solo entre el deudor y el acreedor, y que en nada acrecientan la garantía general del acreedor: “*en realidad, tales garantías, en la hipótesis de concurso de acreedores, no pueden ser opuestas por el acreedor, supuestamente privilegiado, a los demás; dicho de otra forma, las garantías aparentes son ineficaces en relación a los demás acreedores*”<sup>743</sup>. CARRASCO reconoce este mismo efecto en la figura del *escrow*, en el que no existe nunca una prenda irregular sobre el dinero ni garantía real alguna sino que, entre las partes, la garantía para cada una de ellas es que el crédito contra el depositario solo nace si se realiza la contingencia que aparece como presupuesto de este derecho, pero sobre el dinero depositado no ostentan ninguna preferencia frente al resto de acreedores del depositario<sup>744</sup>.

El depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) puede considerarse asimismo como una garantía aparente, pues el acreedor y el deudor, como posibles titulares del crédito a la restitución, están expuestos a que otros acreedores del depositario embarguen el dinero o bienes fungibles objeto de garantía, e incluso a la insolvencia del depositario, frente a lo cual carecen de exclusividad o preferencia alguna, ostentando un mero crédito ordinario. Se excluye por ello que la figura del segundo párrafo de la ley 474 constituya una garantía real, al no conseguir la afección de la cosa con carácter *erga omnes*<sup>745</sup>.

---

<sup>742</sup> DÍAZ BRITO, F. J. “Prenda irregular con intervención de tercero...”, cit., pág. 3695.

<sup>743</sup> MARTÍNEZ ROMANO, P., FUZETA DA PONTE, P. *Garantías de cumplimiento*, cit., pág. 57 y sig. Entre las garantías aparentes incluyen el *escrow*, y también las *comfort letters*, la cláusula *pari passu*, etc.

<sup>744</sup> Se lamenta Carrasco de las “*carencias que sufrimos por no tener disponibles instituciones fiduciarias reconocidas*”. CARRASCO PERERA, A. “La prenda de créditos”, cit., pág. 294. Paradójicamente, el Derecho privado navarro sí reconoce la fiducia en garantía, pero su esquema no resuelve el problema del *escrow* o el depósito en garantía en manos de tercero.

<sup>745</sup> Lacruz indica que es imaginable un contrato atípico en el que se sujeten a responsabilidad algunos bienes del garante pero sin conceder a esa sujeción eficacia *erga omnes*, y, añade, sin que el garante se vincule como fiador. Según señala, una situación similar se produce cuando un no

#### 4.- Verdadera naturaleza jurídica del depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN)

Ahora bien, el hecho de que no se produzca la afectación propia de las garantías reales no equivale a que el depósito en garantía a manos de tercero no acreciente la responsabilidad patrimonial del deudor, pues el acreedor podrá reclamar la entrega del *tantundem* a un sujeto distinto a su deudor inicial. Una vez descartado que exista una garantía real, DÍAZ BRITO ha situado la garantía que proporciona la prenda irregular con intervención de tercero, que identifica con el depósito en garantía a manos de tercero de la ley 474.II del Fuero Nuevo, en “*la responsabilidad patrimonial universal de un tercero ajeno a la obligación que se quería garantizar, mecanismo este que es el propio de las garantías de tipo personal, en las que la seguridad del acreedor se refuerza brindándole nuevos patrimonios contra los que dirigirse en caso de que el crédito no se vea satisfecho.*”<sup>746</sup>.

---

deudor constituye una hipoteca y esta no se ha inscrito. “*La hipoteca no inscrita produce efectos obligacionales, que no se advierten cuando el hipotecante es a la vez el deudor, por el principio de responsabilidad patrimonial universal, pero quedan al descubierto cuando es persona distinta, en cuyo supuesto se produce una especie de “fianza real”, limitada a los bienes objeto de la hipoteca*”. LACRUZ BERDEJO, J.L. “La causa en los contratos de garantía”, cit., pág. 728.

Sin embargo, en el depósito en garantía en manos de tercero, este adquiere la propiedad de los bienes que le entrega el depositante, y en caso de tener que entregar el *tantundem* al acreedor, si incumpliera el acreedor podría dirigirse contra todo su patrimonio (art. 1911 CC). Es decir, su responsabilidad no está limitada a los concretos bienes que se le entregan.

<sup>746</sup> DÍAZ BRITO, F. J. “Prenda irregular con intervención de tercero...”, cit., págs. 3695-3699. Concluye que, en el ámbito del Derecho común, la única solución factible es considerar que la prenda irregular con intervención de tercero es una forma de garantía atípica, admisible al amparo de la autonomía de la voluntad, que no cabe asimilar a ninguna de las garantías de tipo personal previstas en la legislación civil común. En el Fuero Nuevo, a pesar de que considera el depósito en garantía como una figura de garantía personal, su inclusión en el Título dedicados a las garantías reales no sería descabellada, en su opinión, pues el Fuero Nuevo también incluye entre las garantías reales la venta con pacto de retro, que puede tener carácter personal o real, según los casos (obvia que la venta con pacto de retro tiene una doble regulación, en sede de compraventa y en sede de garantías reales, y que solo esta última constituye una garantía). En su criterio “*la conclusión más fecunda que cabe extraer de la identidad estructural y de funcionamiento entre la pretendida prenda irregular con intervención de tercero y el depósito en garantía previsto en el párrafo segundo de la ley 474 radica en que el legislador foral ha alejado con buen criterio la garantía en cuestión del ámbito de la prenda y la ha aproximado a la del depósito con fines de garantía, opción que parece más ajustada a la finalidad perseguida por las partes y al desenvolvimiento propio de las relaciones que se establecen entre las mismas*”.

Curiosamente, el autor no identifica el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) con la prenda irregular, que considera, en el ámbito del Derecho Común, una garantía autónoma. También a favor de la existencia de una garantía personal en la prenda de cuenta bancaria se pronuncia MENESES CORDEIRO. *Manual de Direito bancário*, cit., págs. 727-728.

En efecto, en caso de incumplimiento de la obligación principal, el acreedor puede reclamar al depositario en garantía la entrega de una cantidad de dinero o bienes fungibles, igual a la recibida del depositante en garantía. Si el depositario en garantía no cumple con su obligación de entrega, el acreedor podrá dirigirse contra el patrimonio del depositario (art. 1911 CC) y, por ello, el depósito en garantía en manos de tercero produce el efecto característico de las garantías personales, como afirma DÍAZ BRITO. Sin embargo, frente a la garantía personal más emblemática, la fianza, el depósito en garantía en manos de tercero presenta peculiaridades. En primer lugar, el acreedor puede ir contra el depositario, en la medida de lo depositado, no en la cantidad a la que ascienda el importe de la obligación principal incumplida<sup>747</sup>. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el depositario en garantía ha recibido previamente del depositante la cantidad de dinero o de cosas fungibles que le puede ser reclamada por el acreedor en caso de incumplimiento de la obligación principal. Por ello en sentido económico, si el depositario en garantía acaba entregando el *tantundem* al acreedor, estará respondiendo con un activo que previamente ha recibido del depositante en garantía<sup>748</sup>, no con un activo de su propio patrimonio, como lo haría un fiador.

En conclusión, el legislador navarro quiso recoger en el segundo párrafo de la ley 474 de la Compilación una variante de la figura del primer párrafo, positivizando así la prenda irregular en manos de tercero, probablemente influidos por las construcciones italianas sobre dicha figura o por la práctica de ciertas profesiones (notarios, abogados) de recibir dinero en garantía de una obligación. Sin embargo, el depósito en garantía a manos de un tercero no proporciona al acreedor una garantía real al no producir la afectación del dinero o los bienes fungibles al cumplimiento de la obligación frente a terceros. El efecto que produce la entrega del dinero o bienes fungibles a un sujeto distinto al acreedor es el propio de las garantías personales, al permitir a este dirigirse contra un patrimonio distinto al de su

---

<sup>747</sup> Recuérdese que la cantidad depositada en garantía puede ser igual, inferior o incluso superior a la cantidad a la que ascienda el incumplimiento de la obligación principal, cuyo importe puede ser desconocido, *a priori* (por ejemplo, si la obligación garantizada es de hacer y se produce un incumplimiento parcial).

No obstante también en el seguro de caución o incluso en la fianza, el fiador puede obligarse de forma limitada, con un límite cuantitativo.

<sup>748</sup> Puede entregar las mismas cosas que le fueron entregadas, por haberlas conservado, o bien puede entregar al acreedor su valor, en caso de que se hubieran confundido con otras cosas iguales existentes en su patrimonio.

#### 4.- Verdadera naturaleza jurídica del depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN)

deudor original, aunque limitado a la cuantía a la que ascienda el valor del dinero o los bienes fungibles entregados en garantía.

Si el sujeto al que corresponde la entrega del *tantundem* es el acreedor podrá optar por reclamar al depositario<sup>749</sup>, en cuanto titular del crédito a la restitución derivado del depósito en garantía, o al propio deudor como titular del crédito derivado del negocio principal, pudiendo verse en ambos casos abocado a un procedimiento judicial para la satisfacción de su crédito. Ante la insolvencia del depositario, el acreedor no tendrá más opción que reclamar al deudor, cuyo patrimonio, además, se ha visto disminuido por la constitución del depósito en garantía.

Por su parte, el deudor que haya cumplido la obligación principal tendrá que reclamar al depositario la devolución de lo entregado en garantía, siendo su crédito frente a él no privilegiado, al igual que en caso de insolvencia del depositario.

A pesar de que no constituya garantía real, acreedor y deudor pueden preferir la celebración de un depósito en garantía en manos de tercero antes que otro tipo de garantía. El deudor puede estar dispuesto a entregar cierta cantidad de dinero o bienes fungibles en garantía, pero recelar de que el acreedor cumpla su obligación de restitución, y por ello preferir su entrega a un tercero, constituyendo un depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) en lugar de un depósito en garantía a manos del acreedor (ley 474.I FN). Por otro lado, la celebración de un depósito en garantía en poder de un tercero también puede ser más adecuada a las circunstancias de las partes que la constitución de una prenda de créditos, para la cual necesitarían, bien tener un crédito preexistente que poder ceder, o bien constituir al efecto un crédito para luego cederlo, cumpliendo con las formalidades propias de la prenda de créditos (notificación al deudor y escritura pública). Por último, desde la perspectiva del depositario en garantía, este aceptará de mejor grado ser depositario en garantía que fiador, pues en aquel ya recibe de manos del depositante la cantidad que le podrá ser reclamada, evitando tener que responder de la obligación principal frente al acreedor y posteriormente reclamar el reembolso al deudor. Por su parte acreedor y deudor confían en la

---

<sup>749</sup> Quien en principio responde con las cosas del mismo género que las entregadas en garantía, pero en caso de incumplimiento de la obligación de restitución, se le aplicará el régimen general del incumplimiento y responderá con todo su patrimonio.

solvencia y recto actuar del depositario, lo que les hace no temer por su posible incumplimiento.

Ciertamente el hecho de que el depósito en garantía en manos de tercero no constituya una garantía real le resta eficacia y da la razón a aquellos autores que criticaban el Título dedicado a las garantías reales por contener figuras que no lo son<sup>750</sup>.

La pretensión de este trabajo no es proponer una reconfiguración del depósito en garantía en manos de tercero para que el mismo constituya una verdadera garantía real, aunque cabe aquí dejar apuntadas al menos unas reflexiones. Lo que las partes pretenden a través del depósito en garantía en manos de un tercero es garantizar al acreedor la satisfacción de su crédito, y lo óptimo sería que pudieran conseguirlo con el mismo grado de garantía que se obtiene a través del depósito en garantía en manos del acreedor, es decir, que este tuviera la certeza de que el dinero o bienes fungibles van a ir destinados a la satisfacción de la obligación principal y que no van a ser agredidos por terceros durante la fase de seguridad de la garantía, ni les va a afectar la insolvencia del depositario. Teniendo en cuenta que el depósito en garantía transmite la propiedad del dinero o bienes fungibles a un tercero, aquello solo podría conseguirse destinando el dinero entregado a un patrimonio separado dentro del propio patrimonio del depositario, que fuese inmune a las reclamaciones de terceros, así como al concurso del depositario. Estos efectos se logran mediante la constitución de un *trust* (aunque en la figura se produce un desdoblamiento del derecho de propiedad que no se produce en el depósito en garantía). Interesa que el *trustee* es el propietario legal del dinero y lo administra en interés del beneficiario, y que este también es propietario (*equitable ownership*), siendo los bienes inatacables por los acreedores personales del *trustee*. La insolvencia del *trustee* tampoco afecta a los bienes objeto del *trust*, que los beneficiarios pueden recuperar en cuanto ostentan sobre ellos *proprietary rights*<sup>751</sup>. Este mecanismo es el mismo que ha inspirado la *fiducie-sûreté* francesa tras la reforma del Derecho de garantías. Sin embargo, no es coincidente con la transmisión fiduciaria en garantía que acoge el Fuero Nuevo. Para que el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) pudiera desplegar eficacia *erga omnes*, el dinero o bienes fungibles entregados en garantía al depositario deberían considerarse

---

<sup>750</sup> Véase Capítulo II, epígrafe 3.1.

<sup>751</sup> Al respecto véase PENNER, J.E. *The Law of Trusts*, cit., pág. 44.

separados del resto de su patrimonio<sup>752</sup>. Otra vía posible es reconocer preferencia para el cobro al acreedor o al deudor, pero esta opción no está al alcance del legislador foral<sup>753</sup>.

## 5.- Principales cuestiones en cuanto al régimen jurídico del depósito en garantía en manos de tercero

El depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) comparte elementos con el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN), por lo que se hará referencia exclusivamente a aquellas cuestiones que presenten especialidades respecto a esta figura.

Al depósito en garantía en manos de tercero le será aplicable, en primer lugar, lo pactado y, en segundo lugar, lo establecido en la ley 474.II de la Compilación. Al no existir una auténtica garantía real no puede plantearse la aplicación de las normas comunes sobre las garantías reales. En defecto de pacto entre las partes, sobre todo en relación a las obligaciones del depositario en garantía, habrá que acudir a la aplicación analógica de las disposiciones que regulan las figuras contractuales más próximas, que pueden ser el mutuo (leyes 532- FN)<sup>754</sup>, pero también el contrato de mandato (leyes 555-562 FN), cuya aplicación ha sido propuesta para el secuestro convencional y para el *escrow*, habiendo sido apuntada ya la semejanza entre el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) y dicho contrato<sup>755</sup>.

---

<sup>752</sup> Se echan en falta, como lamentaba Carrasco, mecanismos de transmisión fiduciaria que permitan alcanzar esta finalidad. Ya citado en la nota 744.

<sup>753</sup> Tampoco sería sencillo, porque hasta el vencimiento de la obligación principal, el titular del crédito a la restitución puede ser tanto el acreedor como el deudor, así que habría que plantearse si es necesario que ambos ejerciten la preferencia frente a otros acreedores del depositario de forma conjunta, o de qué manera.

<sup>754</sup> Se excluye la aplicación supletoria de las normas del depósito irregular, por cuanto no hay, en el depósito en garantía, finalidad de custodia del dinero, aunque a efectos prácticos, la aplicación de las normas del depósito irregular acabaría remitiendo igualmente a las normas sobre el mutuo (ley 554 FN).

<sup>755</sup> Dado que el efecto que produce el depósito en garantía en manos de tercero es el propio de las garantías personales, cabría proponer la aplicación analógica de las normas sobre la fianza. Sin embargo, no tiene sentido aplicar al depósito en garantía el beneficio de excusión (ley 525.II.a) FN), o la acción de regreso contra el deudor principal (ley 525.II.b) FN), ni la moratoria de la ley



## 5.1.- Caracterización del contrato

El depósito en garantía en manos de tercero puede tener origen en un contrato, disposición *mortis causa* o en la ley<sup>756</sup> (ley 463 FN), pero es obvio que en la práctica totalidad de los casos tendrá origen contractual. Se trata entonces de un contrato no formal, accesorio y real, en cuya virtud el depositante entrega ciertos bienes fungibles al depositario, para garantizar una deuda entre aquel y un tercero.

Como se ha indicado, se trata de un contrato de garantía, cuya finalidad (causa en sentido objetivo) es el reforzamiento de las posibilidades de cobro del acreedor. Frente al depósito en garantía en manos del acreedor, en el depósito en garantía en manos de un tercero la causa de la obligación se ve complicada por la presencia del depositario en garantía.

Respecto al depositante en garantía y al acreedor, la causa de la obligación no difiere de la causa existente en el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN). Para el deudor, la causa de la obligación resultará ser la exigencia del acreedor, o la obtención de una remuneración o ventaja, si la garantía se constituye tras el nacimiento de la obligación principal (causa onerosa), o bien la simple voluntad del deudor (causa gratuita)<sup>757</sup>. Para el acreedor, la causa será la obtención de una ventaja patrimonial, en este caso de un derecho de crédito frente al depositario en garantía que le posibilita la realización del crédito principal. Sin embargo, el depositario en garantía es ajeno a la obligación principal existente entre acreedor y deudor<sup>758</sup>. Por ello,

---

529 FN. La posición del depositario se asemeja más a la del mutuuario o incluso a la del mandatario que ha de entregar alternativamente al acreedor o al deudor.

<sup>756</sup> La Disposición Adicional Tercera de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone expresamente que: *Las Comunidades Autónomas podrán establecer la obligación de que los arrendadores de finca urbana sujetos a la presente ley depositen el importe de la fianza regulada en el artículo 36.1 de esta ley, sin devengo de interés, a disposición de la Administración autonómica o del ente público que se designe hasta la extinción del correspondiente contrato. Si transcurrido un mes desde la finalización del contrato, la Administración autonómica o el ente público competente no procediere a la devolución de la cantidad depositada, esta devengará el interés legal correspondiente.*

La posibilidad de que la fianza sea depositada en manos de tercero ha sido avalada por la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de febrero de 2004. Caso Polvillo e Hijos S.A. contra España, por no vulnerar el derecho de propiedad.

<sup>757</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. “La causa en los contratos de garantía”, cit., pág. 733.

<sup>758</sup> Al igual que sucede en las garantías personales y en las garantías reales prestadas por un tercero.



## 5.- Principales cuestiones en cuanto al régimen jurídico del depósito en garantía en manos de tercero

la causa de su obligación ha de buscarse en su relación con el depositante en garantía, o con el acreedor, y estará constituida por la remuneración pactada con el depositante o por la gratuidad del servicio a prestar por el depositario en garantía<sup>759</sup>.

Relacionado con lo anterior, ha de prestarse cierta atención también a los sujetos que han de intervenir en la celebración del contrato. La ley 474 de la Compilación no especifica si el acreedor ha de intervenir o no en la conclusión del contrato, no obstante lo cual su intervención como parte se considera necesaria. En cuanto contrato de garantía, el acreedor tiene un interés indudable en la celebración del contrato, y ha de consentir su celebración, pues a través del mismo se le va a atribuir un derecho de crédito frente al depositario en garantía y, además, habrá de estar de acuerdo en la persona que se designa como depositario<sup>760</sup>.

---

<sup>759</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. “La causa en los contratos de garantía”, cit., págs. 732-737.

<sup>760</sup> Señala Lacruz, si bien referido a la garantía prestada por tercero, que existe relación entre acreedor y deudor: “*puesto que la garantía fue solicitada o aprobada por el deudor, entraña una atribución patrimonial mediata del deudor en favor del acreedor que, de igual modo que toda atribución mediata, tiene una doble fundamentación: de una parte, frente al acreedor, la fianza o la garantía real deben juzgarse como atribuciones patrimoniales del deudor, ya que ha sido con este con quien, al contratar el crédito primitivo o después, ha convenido el acreedor la prestación de la garantía por el tercero (el acreedor pide la garantía al deudor y no al tercero); y en la relación entre el deudor y tercero garante, la causa será alguna de las indicadas anteriormente*”.

LACRUZ BERDEJO, J.L. “La causa en los contratos de garantía”, cit., pág. 734.

De la misma manera que el deudor interviene en la constitución de la garantía, aunque esta se preste por un tercero, en el depósito en garantía en manos de tercero no puede considerarse al acreedor como un sujeto ajeno a la constitución de la garantía pues a través de la misma recibe una atribución patrimonial.

De forma análoga, en la prenda ordinaria en manos de tercero el contrato ha de celebrarse entre acreedor y deudor. GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., pág. 497.

Cordero no lo dice expresamente, pero puede entenderse implícito en su afirmación de que el tercero depositario posee en nombre no solo del acreedor sino también del deudor. CORDERO LOBATO, E. “Contenido y realización del derecho de prenda”, cit., págs. 192

También en el secuestro convencional intervienen todos los sujetos que se creen con derecho a la cosa o que pueden resultar destinatarios de su entrega (de acuerdo con el concepto amplio de secuestro convencional de la ley 548.1.a FN), sin que por ello se trate de un supuesto de pluralidad de depositantes. Ya tratado en la epígrafe 3.3.2.

Sin la intervención del acreedor en la celebración del contrato, existiría una entrega de dinero o bienes fungibles del deudor a un “depositario” con instrucciones de que entregara el *tantundem* al acreedor o se las restituyera al propio deudor, según se cumpla o no la obligación principal. Pero entonces dicho negocio podría dejarse sin efecto si el deudor y el depositario de los bienes están de acuerdo, frustrando la finalidad de garantía del negocio.

El depositario en garantía, por su parte, también ha de aceptar obligarse a recibir el dinero o bienes fungibles entregados en garantía, y a restituirlos alternativamente al depositante en garantía o al acreedor<sup>761</sup>.

Por último, la causa de la atribución de la propiedad es la causa de garantía, al igual que sucede en el depósito en garantía en manos del acreedor<sup>762</sup>. La causa de garantía explica que el depositario en garantía adquiera la propiedad del dinero o bienes fungibles recibidos del depositante y asuma una obligación de restituir el *tantundem* a un sujeto alternativo, determinado por el cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal.

Al igual que el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN), el celebrado en manos de tercero será unilateral si el depósito en garantía es gratuito. Pero en el caso de entrega de los bienes a un tercero, será más frecuente que el depósito en garantía sea retribuido pues la condición de depositario la asumirá comúnmente un profesional (notario o abogado, por ejemplo)<sup>763</sup>. A falta de pacto al respecto, parece lógico presumir que el depósito en garantía en manos de tercero sea retribuido cuando el depositario se dedique habitualmente a esta clase de operaciones, por analogía con lo previsto para el mandato (ley 558 FN)<sup>764</sup>.

---

Igualmente, cuando el acreedor no interviene en el contrato, podría asimilarse a un contrato a favor de tercero, en el que el deudor conviene con el “depositario” que le haga llegar el dinero o bienes fungibles en caso de incumplimiento de la obligación principal. Sin embargo, el contrato a favor de tercero exige la aceptación del tercero (el acreedor en este caso), y una vez producida esta aceptación, la estipulación a su favor deviene irrevocable. En el depósito en garantía en manos de tercero, en cambio, el acreedor de la obligación de entrega del depositario puede ser tanto el acreedor como el depositante en garantía, y este no puede revocar el depósito en garantía por su sola voluntad.

<sup>761</sup> Al igual que en la prenda ordinaria el tercero interviene en la constitución de la garantía. GUILARTE ZAPATERO, V. “Artículos 1857 a 1886”, cit., pág. 497.

<sup>762</sup> Ampliamente, Capítulo II, 3.7.1.

<sup>763</sup> Es unilateral o bilateral desde la perspectiva de la retribución o no al depositario, pero desde el punto de vista de los intereses de las partes, cada sujeto interviniente tiene su interés propio y desde esa perspectiva el negocio puede calificarse como trilateral.

<sup>764</sup> En el depósito en garantía a manos del acreedor se descartó la aplicación de ninguna presunción de retribución, y por tanto para que el contrato sea retribuido ha de pactarse expresamente. Se justificó en la inexistencia de presunción de que las garantías reales sean retribuidas. En el depósito en garantía en manos de tercero, sin embargo, no existe garantía real, y, por otro lado, el depositario desempeña un papel propio, próximo al de un mandatario, y ostenta en el contrato un interés autónomo y distinto al de acreedor y deudor.

## 5.2.- Particularidades en cuanto a sus elementos: el depositario en garantía

Como se expuso, probablemente en la admisión por los redactores de la Recopilación Privada de que el depositario pudiera ser un tercero distinto del acreedor influyera la práctica jurídica, pues con cierta frecuencia se deposita en garantía una cantidad de dinero en manos del abogado de confianza de las partes, o del notario ante el que, por ejemplo, se otorga el contrato cuyo precio se deposita en garantía<sup>765</sup>.

Respecto a los notarios, estos pueden recibir depósitos y plasmarse en un acta notarial, o realizarse sin acta<sup>766</sup>. En el primer supuesto, cuando se realiza un acta de depósito (arts. 216 y 217 del Reglamento Notarial<sup>767</sup>) dicho documento da fe de haberse realizado materialmente el depósito de un objeto en poder del notario, así como de las vicisitudes posteriores. Por ello el contrato tiene dos facetas, una de derecho privado, como contrato de depósito entre el notario y el depositante o depositantes, y otra de derecho público, como acta notarial efectuada por el notario en cuanto funcionario público y sujeta a ciertas limitaciones<sup>768</sup>. Aunque lo depositado sea dinero en efectivo,

---

<sup>765</sup> El Estatuto General de la Abogacía Española no establece nada respecto a la posibilidad de los abogados de recibir depósitos, ni depósitos en garantía, por lo que serán de aplicación las disposiciones comunes, así como las obligaciones deontológicas correspondientes. En la actualidad está vigente el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. No obstante, el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española aprobó el 12 de junio de 2013 un nuevo Estatuto, que se encuentra pendiente de publicación como Real Decreto y que incorpora algunas obligaciones deontológicas como la obligación de cumplir con la máxima diligencia la misión de asesoramiento o defensa que le haya sido encomendada, procurando de modo prioritario la satisfacción de los intereses de su cliente (art. 48.3) o el deber de guardar secreto profesional (arts. 22 a 25). Texto disponible en [www.cgae.es](http://www.cgae.es).

<sup>766</sup> Seguimos a ORTELLS PÉREZ, F. “Actas de depósito”, en BORRELL J. y ORTELLS PÉREZ, F., *Derecho Notarial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011 (documento electrónico obtenido de [Tirantloblanch.es](http://Tirantloblanch.es)).

<sup>767</sup> El Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado incluyó el depósito de programas informáticos, recogiendo una de las utilidades prácticas del *escrow*.

<sup>768</sup> Como contrato de derecho privado, el depósito es de libre aceptación por el notario, salvo que se disponga lo contrario en alguna ley (art. 216.1 Reglamento Notarial). La finalidad del depósito puede estar constituida por la custodia del objeto o la prenda de contratos, y su objeto puede ser cosas, valores, documentos, efectos, cheques y cantidades en efectivo.

de la regulación contenida en el Reglamento Notarial se desprende que el notario, cuando levanta acta del depósito, debe custodiar el dinero, aunque lo deposite en una cuenta específica, pues no puede obtener rendimiento de las cantidades depositadas, ni realizar ninguna gestión de dichos fondos. Por ello la figura del depósito con acta no encaja exactamente en el depósito en garantía, aunque dada la gran similitud entre ambas lo establecido en el Reglamento Notarial puede servir de orientación a la hora de redactar un contrato de depósito en garantía.

En cuanto a los depósitos sin acta, son los recibidos por el notario, pero no en su calidad de funcionario garante de la fe pública, sino como profesional del Derecho. Estos depósitos están sujetos a las normas comunes sobre el contrato de depósito, por lo que los conflictos que puedan surgir al respecto serán resueltos por los Tribunales y no por la Dirección General de los Registros y el Notariado<sup>769</sup>.

---

Para la devolución del depósito el solicitante tendrá que acreditar al notario el derecho que le asiste (art. 216.7 Reglamento Notarial). Cuando el depósito estuviese constituido bajo alguna condición convenida con un tercero, el notario no efectuará la devolución mientras no se le acredite suficientemente el cumplimiento de la condición estipulada (art. 216.6 Reglamento Notarial). De la devolución se extenderá nota expresiva de haberlo efectuado en el mismo acta de depósito, firmada por la persona que haya impuesto el depósito o por quien traiga de ella su derecho u ostente su representación legal o voluntaria (art. 216.5 Reglamento Notarial).

En cuanto acta notarial, está sujeta a ciertas limitaciones y efectos. Principalmente, no podrá constituirse en garantía de un acto o contrato contrario a las leyes o al orden público (art. 216. 8 Reglamento Notarial) y si se trata de un depósito en efectivo, el notario no podrá obtener rendimiento de las cantidades depositadas para sí, el depositante o tercero, para lo que se deberá abrir una cuenta específica no remunerada, sin que el notario pueda desempeñar funciones de gestión respecto de dicho efectivo, cheque o fondos.

<sup>769</sup> La DGRN en su Resolución de 26 de abril de 1994 afirma que los depósitos, de voluntaria aceptación por parte del profesional, quedan fuera del ámbito funcional del Notario rigiéndose por las normas ordinarias del contrato de depósito y siendo su incumplimiento competencia por tanto de los Tribunales de Justicia. Como expresamente declara, la Dirección General sería competente exclusivamente en cuanto al cumplimiento de los requisitos reglamentarios o si el Notario en su actuación profesional hubiese incurrido en sanción disciplinaria por desmerecer en su concepto público como consecuencia indirecta de su responsabilidad civil.

En el supuesto objeto de dicha Resolución, una empresa vendió a otras dos un inmueble pactándose un pago aplazado del precio. Llegado el día del vencimiento del último plazo, comparecieron vendedor y compradores ante un Notario de Sabadell, recibiendo el vendedor la cantidad de 45.000.000 de pesetas y depositando los 5.000.000 de pesetas restantes en la Notaría mediante dos cheques, que debían ser entregados a la vendedora al presentar certificación registral de inscripción de la finca objeto de la compraventa. A pesar de aportar la vendedora dicha certificación registral, el Notario se negó a realizar la entrega de los cheques alegando que se lo habían prohibido las partes compradoras.

## 5.- Principales cuestiones en cuanto al régimen jurídico del depósito en garantía en manos de tercero

Por último, hay que hacer mención a la posibilidad de que una entidad bancaria ostente la cualidad de depositario en garantía. En principio, esta posibilidad podría parecer natural, porque los bancos encarnan el prototipo de depositario solvente a quien confiar el dinero.

Sin embargo, esta posibilidad encuentra dificultades prácticas y técnicas. En primer lugar, si se afecta en garantía un depósito bancario previamente constituido, ha de afirmarse, conforme a la doctrina mayoritaria, que la garantía reviste la forma de una prenda de créditos. En segundo lugar, cabría plantear la posibilidad de que el deudor depositara el dinero en una entidad crediticia, para garantizar una obligación con un acreedor, asumiendo la depositaria una obligación alternativa de restitución del dinero bien al depositante bien al acreedor, según se cumpla o no la obligación garantizada, y con el mismo vencimiento que dicha obligación principal. La primera dificultad que presenta es que la causa de la transmisión de la propiedad es el depósito bancario, no el depósito en garantía, lo que colisiona con el tenor literal de la ley 474 del Fuero Nuevo, aunque esta dificultad puede soslayarse si el dinero se deposita simultáneamente a la constitución del depósito en garantía, y con el mismo vencimiento que la obligación principal, pues en este caso prevalece la causa de garantía sobre la causa de custodia del depósito irregular. Otra dificultad es la de configurar un depósito bancario con sujeto alternativo a la restitución, aunque podría configurarse como un depósito con varios depositantes, toda vez que la cuenta ha de estar bloqueada para impedir la disponibilidad de los fondos por parte de aquellos. Hay que recordar que la posición del depositario en garantía es más próxima a la de un mandatario que a la de un depositario irregular, por lo que este tipo de intervención es, en principio, ajena a las habituales de cualquier entidad bancaria y será infrecuente que asuman una obligación de este tipo<sup>770</sup>.

---

También en el supuesto resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de julio de 2009, se había acordado que la parte compradora depositara el precio de la compraventa en manos del notario, en garantía de la cancelación de una carga existente sobre la finca, debiendo entregarla en caso negativo a la vendedora.

<sup>770</sup> Al menos en la práctica bancaria española actual. Refiriéndose al *escrow*, subrayan Martínez Romano y Fuzeta Da Ponte que es frecuente que la cuenta-*escrow* se abra en una entidad bancaria, que entregará la cantidad depositada al acreedor o deudor, previa presentación de los documentos pactados previamente, relativos a la ejecución del contrato principal (como la emisión de una factura), aunque reconocen que rara vez asumirá el banco el papel de verdadero árbitro.

Tampoco hay que olvidar que el depósito en garantía en manos de tercero no confiere una verdadera garantía real oponible *erga omnes*, por lo que si el acreedor quiere gozar de una auténtica garantía, deberá acudir a otro tipo de figura, especialmente a la prenda de créditos.

### **5.3.- Obligaciones derivadas del depósito en garantía en manos de tercero**

En el depósito en garantía en manos de tercero el depositante tiene, en su caso, la obligación de pagar la retribución al depositario, conforme se haya pactado, aunque nada obsta a que la remuneración deba ser abonada por el acreedor y el deudor, en la proporción acordada entre estos.

El depositario por su parte tiene la obligación de restituir la misma cantidad de dinero o cosas fungibles que recibió en garantía, cuando venza la obligación principal, y al sujeto que resulte determinado por el cumplimiento o incumplimiento de la citada obligación.

En principio el depositario en garantía habrá de entregar el *tantundem* de la cantidad recibida, ya sea al acreedor o al deudor, aunque también es posible pactar que deba entregar el importe de la cuantía a la que ascienda el incumplimiento de la obligación principal al acreedor, y el sobrante al deudor, en caso de que la cantidad depositada superara dicha cuantía.

Será conveniente establecer en el contrato la forma en que ha de acreditarse al depositario el cumplimiento de la obligación principal, y quién ha de hacerlo, si el acreedor, el deudor, o ambos conjuntamente (por ejemplo mediante una notificación firmada por ambos). A este respecto, al depositario no deberá exigírsele un especial esfuerzo en orden a comprobar el cumplimiento de la obligación, a no ser que se haya pactado así.

También es posible establecer que el sujeto al que debe entregar el depositario sea determinado por un tercero (por ejemplo un árbitro), o de acuerdo con el resultado de otra operación (por ejemplo, los resultados de la auditoría de una empresa).

Es aconsejable que el contrato prevea las posibles situaciones que puedan afectar a la obligación de restitución del depósito en garantía, que pueden ser muy variadas y dar origen a numerosos conflictos, por ejemplo,

---

MARTÍNEZ ROMANO, P., FUZETA DA PONTE, P. *Garantias de cumprimento*, cit., págs. 65-66.

en caso de desacuerdo entre acreedor y deudor sobre el incumplimiento de la obligación principal, sobre el cumplimiento defectuoso, la incursión en mora del deudor, etc. Una de las cuestiones que la Compilación deja al pacto de las partes es, precisamente, la de prever estas vicisitudes y surge el interrogante de si, en defecto de pacto, el depositario en garantía puede o incluso debe negarse a restituir el *tantundem* en caso de desacuerdo entre acreedor y deudor. En principio, dado que lo que se pretende con la transmisión de la propiedad al depositario en garantía es el aseguramiento de la obligación principal, se considera más acorde con esta finalidad que el depositario no haga entrega del *tantundem* en tanto se resuelva sobre el incumplimiento y se determine definitivamente a quién corresponde la restitución<sup>771</sup>.

#### 5.4.- Vicisitudes del depósito en garantía en manos de tercero

La circunstancia de que el dinero o las cosas fungibles se adquieran por un tercero, además de complicar las relaciones entre los intervinientes en el depósito en garantía, da lugar a circunstancias que no se producen cuando es el acreedor el que adquiere la propiedad. Pueden distinguirse en este sentido las situaciones siguientes:

---

<sup>771</sup> A esta solución llegó la STS de 20 de diciembre de 2004 aunque por aplicación del artículo 1775 del Código Civil que permite al depositario negarse a la restitución de la cosa “*cuando haya sido embargado el depósito en poder del depositario, o se haya notificado a este la oposición de un tercero a la restitución o traslación de la cosa depositada*”. En realidad no existía embargo, ni exactamente oposición de un tercero a la restitución de la cosa, sino que tanto comprador como vendedor se consideraban con derecho a recibir el dinero depositado, por entender, respectivamente, que se había incumplido o cumplido la condición impuesta en la compraventa. En la práctica, ante la falta de previsión de las consecuencias del desacuerdo entre acreedor y deudor en cuanto al incumplimiento de la obligación principal, el depositario en garantía podría intentar depositar judicialmente la cantidad, aunque no concurre ninguno de los supuestos legalmente previstos para ello, salvo que el depositario proceda a interponer demanda solicitando que se determine a quién corresponde la restitución (Arts. 2 y 9 del Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores).

1) Ante el incumplimiento de la obligación principal por el deudor: el acreedor puede optar por reclamar al depositario en garantía la entrega del *tantundem* o reclamar al deudor el cumplimiento de la obligación *in natura*<sup>772</sup>:

- Si el acreedor reclama al depositario en garantía, este a su vez puede cumplir su obligación o no:
  - o Si el depositario en garantía entrega el *tantundem* al acreedor: la obligación principal se extinguirá en la medida en que su valor sea cubierto por el valor de lo entregado en garantía. Esto es, si la garantía supera el valor de la obligación garantizada, el acreedor deberá entregar el sobrante al deudor<sup>773</sup>. Si no alcanza el valor de la obligación garantizada, esta se extinguirá solo parcialmente y el acreedor podrá reclamar la parte que falta al deudor. En cualquier caso, el depositario habrá cumplido con su obligación y el depósito en garantía quedará extinguido.
  - o Si el depositario en garantía no entrega el *tantundem* al acreedor: el acreedor puede reclamarle judicialmente su entrega, aunque no goza de preferencia alguna sobre los bienes del depositario en garantía.
- Si el acreedor reclama al deudor: en este caso el deudor debe proceder al cumplimiento de la obligación, y el depositario en garantía debe devolver el dinero al depositante, pues carece de causa para retener lo depositado en garantía<sup>774</sup>.

---

<sup>772</sup> El hecho de que el acreedor pueda reclamar tanto al deudor como al depositario en garantía hace que la existencia del depósito en garantía no influya en la decisión del deudor de cumplir la obligación principal, pues aunque incumpla puede acabar teniendo que asumir el cumplimiento forzoso, ante la reclamación del acreedor, para luego verse obligado a reclamar al depositario la restitución del depósito en garantía. En caso contrario, si el acreedor solo pudiera reclamar contra el depositario, el deudor se enfrentaría a la tentación de no cumplir para que el riesgo de incumplimiento del depositario fuera asumido por el acreedor.

<sup>773</sup> Puede haberse pactado, no obstante, que el depositario entregue el excedente al deudor en lugar de entregar la cantidad íntegra al acreedor.

<sup>774</sup> En este caso, surge un punto conflictivo en cuanto al momento en el que el depositario ha de devolver el *tantundem* al depositante en garantía, si cuando el acreedor le reclame al depositante extrajudicialmente, o solo cuando lo haga judicialmente, si ha de esperar a que el acreedor



5.- Principales cuestiones en cuanto al régimen jurídico del depósito en garantía en manos de tercero

2) Ante el cumplimiento de la obligación principal por el deudor: el depositario ha de restituir el *tantundem* al depositante en garantía. En caso de que no lo hiciera, este podría reclamarle judicialmente el cumplimiento de su obligación genérica de restituir el *tantundem*, aunque su crédito tiene carácter ordinario, sin privilegio alguno (salvo el del acreedor quirografario, en su caso).

3) Ante el concurso del depositario: si el depositario en garantía se declarara en concurso durante la fase de seguridad de la garantía, los bienes depositados formarían parte de la masa activa del concurso. En este caso, sería necesario esperar al vencimiento y cumplimiento o no de la obligación principal para determinar quién es el titular del crédito a la restitución a cargo del depositario, que podrá reclamar su crédito en el concurso, aunque, como sabemos, como un crédito ordinario y no privilegiado.

---

satisfaga su crédito a costa del deudor, etc. y por tanto a partir de qué momento se excluye para el acreedor la posibilidad de ir contra el depositario en garantía.

En principio el mero cumplimiento del deudor sería suficiente para determinar la obligación del depositario de restituirle el *tantundem*, sin necesidad de requerimiento del depositante, aunque en la práctica será conveniente pactar la manera en que se hace saber al depositario que la obligación principal se ha satisfecho.



## Conclusiones

La ley 474 del Fuero Nuevo, lejos de proceder de la tradición histórica navarra, responde a la pretensión del legislador de incluir en la Compilación fórmulas procedentes de la práctica jurídica moderna.

En ese sentido, puede parecer decisiva en la incorporación de la citada ley la influencia ejercida por las construcciones italianas sobre el depósito en función de garantía de la segunda mitad del siglo XX, surgidas a raíz de la polémica sentencia de la Corte de Casación de 1937. Sin embargo, lo cierto es que estas teorías fueron claramente recibidas por la Compilación en sede de contratos de custodia, fundamentalmente con la previsión del depósito en interés de tercero (ley 552 FN), aunque también del depósito a favor de tercero (como estipulación a favor de tercero, ley 523 FN) e incluso del concepto amplísimo de secuestro convencional de la ley 548.1.a) del Fuero Nuevo.

La influencia italiana sobre la ley 474 del Fuero Nuevo es altamente probable, pero no deriva del depósito en función de garantía, sino del artículo 1851 del *Codice Civile*, que prevé la afección en garantía de un “depósito” de dinero, mercancías o títulos, y presenta un funcionamiento idéntico al del depósito en garantía en manos del acreedor, si bien en Italia generalmente se conoce la figura como *pegno irregolare* o *cauzione in senso stretto*. También es probable que la introducción del depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) se apoyara en la jurisprudencia italiana que, secundada por algunos autores, admitían la posibilidad de constituir una prenda irregular en poder de un tercero, aunque esta admisión también pudo responder a la práctica jurídica de constituir depósitos en garantía en manos de notarios o abogados.

La Compilación se sumó así a la tendencia de otros Códigos Civiles modernos, de regular garantías que recaen sobre dinero o cosas fungibles, en este caso como un elemento más dentro del intento de configurar un sistema de garantías reales flexible y adaptable a las necesidades actuales del tráfico

jurídico. Sin embargo, el legislador navarro adoptó una posición única, al recoger en una misma norma la entrega de dinero o cosas fungibles no solo al acreedor sino también a un tercero, pretendiendo que esta segunda constituyera una simple variante de la primera, con la que comparte buena parte de sus elementos. Aunque podría valorarse positivamente el hecho de que se haya previsto en un cuerpo legal, lo cierto es que el depósito en garantía en manos de tercero no constituye una auténtica garantía real, y por tanto no debiera estar incluido en el elenco de garantías reales del Título VII del Libro III del Fuero Nuevo. Esta inclusión es fruto de la conveniencia de la regulación conjunta de ambas figuras y de la pretensión del legislador de que la entrega a manos de un tercero constituyera una simple variante del depósito en garantía en manos del acreedor.

La falta de diferenciación entre las dos figuras de la ley 474 del Fuero Nuevo es el motivo, en parte, de las discrepancias sobre la naturaleza del depósito en garantía, o de la afirmación de que se trata de una figura de dudosa calificación.

A pesar de su denominación, ni el depósito en garantía en manos del acreedor ni el depósito en garantía en manos de tercero constituyen un contrato de depósito. La causa del contrato de depósito, incluso del depósito irregular, es la guarda de los bienes en interés del depositante. El depósito en garantía, en cambio, no tiene como finalidad económico-social la guarda del dinero o las cosas fungibles en interés del depositante, sino la garantía para el acreedor. La causa de atribución de la propiedad, por ello, no es la guarda, sino la garantía, que justifica que la obligación de restitución del depositario sea meramente eventual (en el caso del depósito en garantía en manos del acreedor), o alternativamente determinada (en el caso del depósito en garantía en manos de tercero).

Ni siquiera los autores italianos o portugueses que defienden que el contrato de depósito puede desempeñar una función de garantía plantean la existencia de tal contrato cuando el dinero se entrega al propio acreedor, pues es obvio que el esquema del depósito no puede soportar la realización de una función de garantía en ese caso. Incluso sin considerar cuál es la causa de la entrega del dinero, es claro que si el depositante puede pedir su restitución en cualquier momento y el depositario debe responder a esa solicitud, como corresponde a un contrato de depósito, la entrega no cumple ninguna función de garantía para el acreedor.

Cuando el dinero se entrega a un tercero sí se ha sostenido por buena parte de la doctrina italiana y portuguesa que el depósito cumple una función de garantía. Sin embargo, aquí se ha descartado que exista un verdadero contrato de depósito en el depósito en interés de tercero y en el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado pues, aunque existe obligación de guarda a cargo del depositario, la misma no constituye la causa del contrato, ni este se celebra en interés del depositante, sino del acreedor.

El depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) coincide en sus elementos con los que se atribuyen a la figura que se conoce habitualmente como prenda irregular, confirmándose así la opinión de una parte de la doctrina, que identifica ambas figuras. Supone la entrega de una cantidad de dinero o cosas fungibles por el depositante en garantía al acreedor-depositario en garantía, que adquiere su propiedad y queda obligado a restituir el *tantundem* al depositante si el deudor cumple o, en caso contrario, le faculta para imputar el valor del dinero o bienes entregados en garantía a la satisfacción de la obligación principal.

De todas formas, esta identificación no resuelve de por sí la cuestión de la naturaleza jurídica del depósito en garantía, pues la figura de la prenda irregular es muy controvertida e incluso se ha negado que tenga eficacia *erga omnes*. Es común intentar dotarla de dicho efecto a través de la remisión a otras figuras de garantía, afirmando que constituye una modalidad de prenda ordinaria, una prenda de créditos o una transmisión fiduciaria en garantía. Sin embargo, en lugar de intentar identificar el depósito en garantía con otros tipos de garantía, se ha de reparar en el concepto de garantía real. Estas se caracterizan por afectar bienes concretos al cumplimiento de una obligación con carácter *erga omnes*, pero no quedan constreñidas por la estructura de los derechos reales de garantía, no otorgan al acreedor la facultad de instar la venta del bien ni precisan del reconocimiento de un derecho de preferencia para el cobro. Si se observa el funcionamiento del depósito en garantía en manos del acreedor se concluye que el mismo constituye una garantía real, pues el dinero o bienes fungibles entregados al acreedor quedan afectados al cumplimiento de la obligación principal, con efectos *erga omnes*. La transmisión de la propiedad del dinero o bienes fungibles al patrimonio del acreedor-depositario en garantía supone que los acreedores del depositante no podrán agredirlos, así como que quedarán a salvo de la posible insolvencia o concurso del depositante. Y llegado el incumplimiento del deudor, el acreedor

garantizado imputará el valor de lo entregado a la satisfacción de la obligación principal, mediante una compensación, con independencia de que existan otros acreedores del depositante en garantía. La transmisión de la propiedad al acreedor, cuya causa es la garantía, le confiere, así, exclusividad sobre los bienes depositados, al igual que sucede en la garantía fiduciaria, y produce la afección de los bienes a la exacta satisfacción de la deuda garantizada. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en la fiducia en garantía (ley 466 FN), en el depósito en garantía se produce una transmisión total de la propiedad y no existe riesgo de abuso por parte del acreedor-depositario en garantía (ley 474.I FN), pues está obligado a restituir al depositante el exceso de valor entre lo entregado en garantía y el importe de la obligación garantizada.

El depósito en garantía en manos del acreedor no coincide ni debe identificarse, en el Derecho navarro, con otras formas de garantía real, como la prenda ordinaria, la fiducia en garantía o las arras, sino que se trata de una figura con autonomía propia, que se caracteriza por recaer sobre dinero u otros bienes fungibles de fácil valoración, por la transmisión de su propiedad al acreedor y por la posibilidad de este de satisfacer su crédito con los bienes entregados en garantía en caso de incumplimiento de la obligación principal. Este mecanismo satisfactivo se traduce en una operación contable (compensación en sentido amplio) consistente en restar, del importe de la obligación incumplida, el valor de los bienes entregados en garantía, debiendo el depositario en garantía restituir el eventual exceso al deudor.

En cuanto al depósito en garantía en manos de tercero, la intención del legislador fue la de recoger en el segundo párrafo de la ley 474 del Fuero Nuevo la prenda irregular en manos de tercero, como una variante de la prenda irregular del primer párrafo de la citada ley, y, por tanto, dotada de su mismo efecto real. No obstante, aquí se considera, con parte de la doctrina, que no es admisible la constitución de una prenda irregular en manos de un sujeto distinto del acreedor, que produzca los efectos que se atribuyen a la prenda irregular. En efecto, a diferencia de lo que ocurre cuando el dinero o cosas fungibles se entregan al acreedor, cuando se entregan a un tercero no se proporciona a aquel una auténtica garantía real, y por tanto, se quiebra la afirmación de que todas las figuras del Título VII de la Compilación constituyen garantías reales. Al ponerse el objeto sobre el que recae la supuesta garantía en manos de un tercero y adquirir este su propiedad, el acreedor carece de la exclusividad que proporciona el depósito en garantía en manos del acreedor. Los bienes no resultan afectos a la garantía de la

obligación principal pues ni el acreedor es su propietario, ni goza de la preferencia que otorgan los derechos reales de garantía, al no poder identificarse el depósito en garantía en manos de tercero con la prenda ordinaria en manos de tercero ni con la prenda de créditos.

A pesar de no constituir una garantía real, se estima que el depósito en garantía en manos de tercero constituye un contrato de garantía, pues el acreedor adquiere el derecho de dirigirse contra el depositario en garantía en caso de incumplimiento del deudor, con lo que ve reforzadas sus posibilidades de cobro. El efecto conseguido, así, es el propio de las garantías personales, al posibilitar al acreedor la agresión de un patrimonio adicional al de su deudor originario, aunque a diferencia de lo que ocurre en la fianza, el depositario en garantía ha recibido previamente el dinero o bienes fungibles con los que habrá de responder (los mismos, o una cantidad igual a la entregada). Sin menospreciar este efecto garantístico, frente a la figura del primer párrafo, en el depósito en garantía en manos de tercero, el acreedor estará expuesto a que otros acreedores del depositario embarguen el dinero o los bienes entregados en garantía, así como al riesgo de insolvencia del depositario. En idéntica situación se encontrará el deudor que haya cumplido la obligación principal y pretenda que el depositario le restituya el *tantundem* de lo entregado en garantía.

A pesar de no gozar de la eficacia del depósito en garantía en manos del acreedor, curiosamente se asiste al auge práctico de otras figuras con efectos similares al depósito en garantía en manos de tercero, como el depósito a favor de sujeto alternativamente determinado, o el *escrow*. En el Fuero Nuevo estas figuras contractuales, de indudable actualidad, pueden encontrar acomodo, en determinadas circunstancias, en la ley 548.1.a) del Fuero Nuevo, cuando se deposite el objeto de la obligación principal y el evento posterior que determina a qué sujeto ha de restituir el depositario sea el cumplimiento de dicha obligación, así como en la ley 474.II cuando se deposite no la cosa debida sino una cantidad de dinero o bienes fungibles para garantía de la obligación principal.





## Bibliografía

ALBALADEJO, M.:

- “La prohibición o improcedencia de compensación en los casos de depósito y comodato”, *RDP*, 1947, págs. 254-272.
- *El negocio jurídico*. Barcelona, Librería Bosch, 1958.
- *Derecho civil III. Derecho de bienes*. 11ª edición, Madrid, Edisofer S.L., 2010.
- *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*. 14ª edición, Madrid, Edisofer S.L., 2011.

ALONSO, J. *Recopilación y comentarios de los Fueros y Leyes de Navarra I y II*. Pamplona, Diputación Foral de Navarra, 1964.

ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. *Curso de Derecho Civil. I. Curso de Derechos Reales*, Granada, Comares, 2005.

ALVES, HUGO RAMOS. *Do penhor*, Coimbra, Almedina, 2010.

AMORÓS GUARDIOLA, M. “La garantía patrimonial y sus formas”, *RGLJ*, 1972, págs. 561-592.

ANELLI, F. *L'Alienazione in funzione di garanzia*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1996.

*Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*. Licenciado Rafael Aizpún Santafé, Licenciado Fernando Arvizu. Pamplona, Imprenta a cargo de M. Falces, 1930.

ANTONMATTEI, P.H., RAYNARD, J. *Droit civil. Contrats spéciaux*, 3ª edición, Paris, Litec, 2007.

ANTUNES, JOÃO TIAGO MORAIS. *Do contrato de depósito escrow*, Coimbra, Almedina, 2007.

*Apéndice del Derecho Navarro al Código Civil. Proyecto formulado por el Ilustre Colegio Notarial de Pamplona.* Pamplona, Imprenta Emilio García Enciso, 1930.

ARANA DE LA FUENTE, I. “La reforma francesa de las garantías mobiliarias”, *Indret*, abril 2012.

ARANDA RODRÍGUEZ, R. *La prenda de créditos*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

ARCOS VIEIRA, M. L. “Comentario a las leyes 515-524” en la obra colectiva dirigida por RUBIO TORRANO, E. *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, págs. 1777 a 1803.

ARECHEDERRA ARANZADI, L. “Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones”, *ADC*, nº 31, 1978, págs. 451 y sig.

ARIAS RAMOS J., ARIAS BONET, J.A. *Derecho Romano I y II*. 18ª edición, Madrid, EDERSA, 1991.

ASCARELLI, T. “Il negozio indiretto”, en *Studi in tema di contratti*, Milano, Dott. A. Giuffrè editores, 1952, págs. 3-77.

BADOSA COLL, F. “Comentario a los artículos 1758 a 1789”, en la obra colectiva *Comentario del Código Civil*, 2ª edición, Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, págs. 1634-1713.

BENABENT, A. *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9ª edition. Paris, Montchrestien, 2011.

BIANCA, C. M. *Diritto civile, VII Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, Giuffrè Editore, 2012.

BIGIAMI, W. “Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario”, *Foro Italiano*, 1938, págs. 260-264.

BLANCO GÓMEZ, J.J. *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*. Madrid, Dykinson, 1996.

BONARDELL LENZANO, R. “Contrato de afianzamiento general y de cobertura de riesgos: pignoración de saldos de depósitos bancarios: inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta”, en el vol. col. dirigido por ALONSO UREBA, A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ, J., *Derecho del mercado financiero*, Madrid, Editorial Civitas, 1994, págs. 305-341.

BOUGEROL-PRUD’HOMME, L. *Exclusivité et garanties de paiement*, Paris, Lextenso éditions, 2012.

BOUNOCORE, V. “Contratti d’impresa e collegamento negoziale”, en la obra colectiva *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, págs. 9-42.

BROS, S. “Le gage-espèces”, *Droit & Patrimoine*, n° 161 juillet-aout 2007, págs. 77-81.

BUSTOS PUECHE, J.E. “Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio”, *ADC*, vol. 43, n° 2, 1990, págs. 539-572.

CABRILLAC, M., MOULY, C. *Droit des sûretés. 3<sup>a</sup> edition*, Paris, Litec, 1995.

CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia de garantía en Navarra”, *RJN*, n° 14, 1992, págs. 163-176.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. *La simulación en los negocios jurídicos*. Barcelona Librería Bosch, 1986.

CARIOTA FERRARA, L. *El negocio jurídico*. Traducción del italiano, prólogo y notas de Manuel Albaladejo, Madrid, Aguilar, 1956.

CARRASCO PERERA, A.:

- “Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito. a propósito de la reforma operada por la DF 3.<sup>a</sup> de la Ley 41/2007”. *La Ley. Revista Jurídica Española De Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, nº 1, 2008, págs. 1539-1547.
- *Los derechos de garantía en la ley concursal*, 2<sup>a</sup> ed. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008.
- “La prenda de créditos”, en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J. *Tratado de los derechos de garantía*. Tomo II, 3<sup>a</sup> edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, págs. 223-294.

CASTÁN TOBEÑAS. J. *Derecho Civil español, común y foral. Tomo 2º. Derecho de cosas, Volumen 2º Los derechos reales restringidos*. 12<sup>a</sup> edición, Madrid, Reus S.A., 1978.

CECCHERINI, A, y GENGHINI, M. *I contratti bancari nel Codice Civile*, 2<sup>a</sup> ed. Milano, Giuffré editore, 2003

CHECA MARTÍNEZ, M. *El trust angloamericano en el Derecho español*. Madrid, McGrawHill, 1998.

COELHO, JOSÉ GABRIEL PINTO. “O “depósito” como caução na legislação portuguesa”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 62, nº 2379 y 2380, págs. 17-20 y 33-37.

COMISIÓN COMPILADORA DE DERECHO NAVARRO:

- *Anteproyecto de Fuero Recopilado de Navarra*, Pamplona, Editorial Gómez, 1959.
- *Fuero Recopilado de Navarra*, Pamplona, Editorial Gómez, 1959.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENESES. *Manual de Direito bancário*, 4<sup>a</sup> ed. Coimbra, Almedina, 2010.

CORDERO LOBATO, E.:

- “Artículos 1857 a 1872”, en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (director), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, págs. 12745-12809.
- “Contenido y realización del derecho de prenda”, en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J. *Tratado de los derechos de garantía*. Tomo II, 3ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

CORTÉS, L.J. “Garantías personales y reales”, en el vol. col. dirigido por URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Curso de derecho mercantil*, 2ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2007, págs. 683-714.

COSTA, MARIO JULIO DE ALMEIDA, *Direito das obrigações*, 12ª edição, Coimbra, Edições Almedina S.A., 2009.

CROCQ, P.:

- *Propriété et garantie*, Paris, LGDJ, 1995.
- “Las propiedades en garantía en Europa”, en el vol. col. coord. por LAUROBA, M.E, *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2006, págs. 165-176.

CRUZ MORENO, M.:

- “La prenda de créditos”, *RCDI*, vol. 69, nº 618, 1993, págs. 1271-1316.
- *La prenda irregular*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1995.
- “21 De Febrero De 1997. Alcance garantístico de la facultad retentoria del acreedor pignoraticio *ex* artículo 1.866 CC. ¿Aplicabilidad analógica de dicha facultad en la prenda irregular?”, *CCJC*, nº 44, 1997, págs. 727-738.

*Cuadernos de las Cortes del Reino de Navarra. Volumen I y II*. Pamplona, Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, 1964.

CUEVILLAS MATOZZI, I. “La pignoración de saldos de depósitos bancarios (nueva modalidad del derecho real de prenda)”, *RGD*, nº 597, 1994, págs. 6475-6498.

D'ORS PÉREZ-PEIX, A. *Derecho Privado Romano*. 10ª ed. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 2004.

DALMARTELLO, A.:

- “Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto)”, *Rivista Banca, Borsa, Titoli di credito*, 1950, I, págs. 315-347.
- “Pegno irregolare” en *Novissimo Digesto Italiano*, V. XII, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1965, págs. 798-807.

DALMARTELLO, A., PORTALE, G.B. “Deposito”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè editore, 1964, págs 236-273.

DE ARESPOCHAGA, J. *El trust, la fiducia y figuras afines*. Madrid, Marcial Pons, 2000.

DE CARVALHO, ORLANDO. “Negócio jurídico indirecto”, *Boletim da Faculdade de Direito Da Universidade de Coimbra*, Suplemento X, 1952, págs. 1-149.

DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*. Madrid, Civitas, 1985.

DE EIZAGUIRRE, J.M. “Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoratícia. Una contribución a la dogmática de los títulos-valores”, *RDBB*, vol. 25, 1987, pág. 179 y sig.

DE LA CUESTA RUTE, J.M. “Lucidez jurídica para la próxima crisis financiera”, *Nueva Revista*, vol. 130, pág. 124 y sig.

DE PABLO CONTRERAS, P. *Curso de Derecho Civil Navarro, Tomo I. Introducción. Parte general*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1990.

DE REINA TARTIÈRE, G.:

- “El escrow account: contrato y garantía”, *Actualidad Civil*, nº 1, Editorial La Ley, 2007, págs. 35-40.
- “Teoría general de las garantías reales”, *RCDI*, marzo 2011, págs. 717-750.

DE SIMONE, M. *Los negocios irregulares*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

*Derecho Foral de Navarra. Derecho Privado (Recopilación Privada)*. Pamplona, Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, 1971.

DÍAZ ALABART, S.:

- “Las arras (I)”, *Revista de Derecho privado*, año nº 80, mes 1, 1996, págs. 3-38.
- “Las arras (y II)”, *Revista de Derecho privado*, año nº 80, mes 2, 1996, págs. 83-112.

DÍAZ BRITO, F. J. “Prenda irregular con intervención de tercero: ¿garantía real?”, en el vol. col. dirigido por CABANILLAS SÁNCHEZ A y otros, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Civitas, 2003, págs. 3685-3698.

DÍEZ SOTO, C. M. “Comentario a los artículos 1758 a 1789” en *Comentarios al Código Civil*, Director BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, Tomo VIII, págs. 12011-12023 y Tomo IX, págs. 12039-12249.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.:

- “Autonomía privada y derechos reales”, *RCDI*, 1976, págs. 273-306.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I. Introducción. Teoría del contrato*, 6ª edición Madrid, Thomson Civitas, 2007.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Las relaciones obligatorias.*, 6ª edición Madrid, Thomson Civitas, 2008.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo III*, 5ª edición Madrid, Thomson Civitas, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.:

- *Sistema de Derecho Civil Vol. I*, 12ª edición, Madrid, Tecnos, 2012.
- *Sistema de Derecho Civil Vol. III, Tomo I. Derechos reales en general*, 8ª edición, Madrid, Tecnos, 2012.

DORAL GARCÍA, J.A.:

- “Las garantías reales en la Compilación Navarra”, en AAVV *Conferencias sobre Derecho Foral. Seminario de Derecho Foral*, Facultad de Derecho de San Sebastián, Universidad de Bilbao, ed. Zarauz, 1978, págs. 101-118.
- “Comentarios a las leyes 463-474”, en la obra colectiva dirigida por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXVIII, Vol. 1 Madrid, Revista de Derecho Privado, Ed. de Derecho Reunidas, 2002, págs. 864-942.

DU BOIS, G. “Problèmes posés par “l’escrow account” et par la compensation comme sûreté dans certains instruments financiers”, en la obra colectiva dirigida por STRANART, A.M. *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Ediciones du Jeune Barreau, 1992, págs. 417-426.

DURÁN RIVACOBIA, R. *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

EDWARDS, J. “Quistclose Trusts: was Lord Wilberforce right after all?” *Trusts and Trustees*, vol. 19, nº 2, March 2013, págs. 176-189.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.:

- “Algunos apuntes para el estudio de la ley 483 del Fuero Nuevo de Navarra”, *RJN*, nº 15, enero-junio 1993, págs. 145-154.
- “El Derecho Patrimonial del Fuero Nuevo de Navarra”, en el vol. col. dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J., *Derechos Civiles de España*, Madrid, Aranzadi. 2000, Volumen 7, págs. 4145-4236.
- “Comentario a las leyes 488-498”, en la obra colectiva dirigida por RUBIO TORRANO, E. *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, págs. 1639-1689.

ENNECCERUS, L. y NIPPERDEY H. C., *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, II, 2ª parte en la obra colectiva de ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, M., *Tratado de Derecho Civil*, 3ª edición, Barcelona, Bosch, 1981.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “Autonomía privada y garantías reales”, en el vol. col. dirigido por CABANILLAS SÁNCHEZ A. y otros, *Estudios*



*jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Civitas, 2003, págs. 3747-3770.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Privado Romano*, Madrid, Iustel, 2008.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N. “Contratos de garantía”, en la obra colectiva dirigida por GALLEGO SÁNCHEZ, E. *Contratación mercantil*, V. I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, págs. 787-816.

FERRANDIS VILELLA, J. “Introducción al estudio de los derechos reales de garantía”, *ADC*, vol. 13, nº 1, 1960, págs. 37-62.

FÍNEZ RATÓN, J.M. *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios: la prenda de créditos*, Barcelona, J. M. Bosch, 1994.

FLORES MICHEO, R. “El depósito irregular”, *RDP*, 1963, págs. 753-774.

FUENTESECA DEGENEFFE, C. *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997.

*Fuero General de Navarra. Edición acordada por la Excelentísima Diputación Provincial; dirigida y confrontada con el original que existe en el Archivo de Comptos por Pablo Ilarregui y Segundo Lapuerta*. Pamplona, Imprenta Provincial de V. Cantera, 1869.

*Fuero General de Navarra. Volumen I y II*. Pamplona, Diputación Foral de Navarra, 1964.

*Fueros del Reyno de Navarra, desde su creación hasta su feliz unión con el de Castilla, y recopilación de las leyes promulgadas desde dicha unión hasta el año de 1685, por el Licenciado D. Antonio Chavier*. Pamplona, en la imprenta de Martín Gregorio de Zábala, 1686.

*Fueros del Reyno de Navarra, desde su creación hasta su feliz unión con el de Castilla*. Pamplona, por Longás, 1815.

FUNAIOLI, C. A. “Depósito, sequestro convenzionale, cessione dei beni ai creditori” en *Trattato di Diritto Civile, diretto da Giuseppe Grosso e Francisco Santoro-Passarelli*, Vol. V, fasc. VI, Milano, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1961.

GALGANO, F. *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. II, Tomo 2, 4ª edizione, Padova, CEDAM, 2004.

GALICIA AIZPURUA, G. *Causa y garantía fiduciaria*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.

GARCÍA GARRIDO, M. J. *Derecho Privado romano. Casos. Acciones. Instituciones*. 15ª ed. Madrid, Ediciones Académicas S.A., 2007.

GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Zaragoza, 1974.

GARCÍA VICENTE, J.R.:

- *La prenda de créditos*. Cizur Menor, Editorial Aranzadi S.A., 2006.
- “La publicidad registral de la prenda de créditos: el nuevo párrafo tercero del artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento”, *CDC*, nº 49, 2008, págs. 79-100.
- “Garantías reales”, en la obra colectiva dirigida por BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J.A., *Enciclopedia de Derecho concursal*, Tomo II, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. “Comentario a las leyes 6-8”, en la obra colectiva dirigida por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXV, Vol. 1. Madrid, Revista de Derecho Privado, Ed. de Derecho Reunidas, 1994, págs. 300-423.

GARCÍA-GRANERO, J., LÓPEZ-JACOISTE, J. J., AIZPÚN, J. y NAGORE, J. J. *Dictamen sobre el Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra*, 30 de abril de 1960.

GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, J. “El depósito irregular y su aplicación en el Derecho mercantil (historia y derecho comparado)”, *RCDI*, publicado por partes en los números 86, 87, 88, 89, 90, 91 y 92, 1932.

GATTI, S. “Pegno irregolare e fallimento del debitore”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 2000, fascicolo 3-6.

GAUTIER, P.Y. *Contrats spéciaux*, 12ª edition, Paris, Éditions Cujas, 1998.

GEORGES, F. “Security rights under Belgian law: key issues and prospectes of reform” en la obra colectiva dirigida por LAUROBA LACASA, M. E. *Garantías reales en escenarios de crisis presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, págs. 149-156.

GIL RODRÍGUEZ, J. “La prenda de derechos de crédito” en el vol. col. coordinado por UBALDO NIETO, C. y otros, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, págs. 333-376.

GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. “Garantías reales en Navarra”, *RJN*, 2002, págs. 25-38.

GIORGIANNI, F.:

- “Depositi bancari anomali a vantaggio di un terzo”, *Rivista di diritto Commerciale*, Anno LXVIII, (1970), fascicolo 1-2, Parte Prima, págs. 10-30.
- “Depositi anomali a vantaggio di un terzo. Depositi in funzione di garanzia”, en la obra colectiva *Le operazioni bancarie*, Tomo I, Milano, Giuffré Editore, 1978, págs. 407-421.

GIUSSANI, A. “Collegamento negoziale ed effetti del giudicato”, en la obra colectiva *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, págs. 113-132.

GLISTER, J.A. “The nature of Quistclose Trusts: classification and reconciliation”. *Cambridge Law Journal* 63 (3), November 2004, págs. 632-655.

GOMÁ SALCEDO, J.E. *Instituciones de derecho civil común y foral. Tomo I.* 2ª edición, Barcelona, Bosch, 2010.

GONÇÁLVES, LUÍS DA CUNHA. *Tratado de Direito Civil, Vol. V,* Coimbra, Coimbra Editora, 1932.

GORLA, G., ZANELLI, P. “Del pegno. Delle ipoteche”, en *Commentario del Codice Civile a cura di Francesco Galgano*, Libro VI, 4ª edizione, Zanichelli editore, Bologna, 1992.

GRASSETTI, C. “Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario”, *Rivista di Diritto Civile*, marzo-abril 1941, págs. 97 y sig.

GRAZIADEI, M. “The trust as security device: some comparative observations”, en el vol. col. dirigido por LAUROBA LACASA, M.E., *Garantías reales en escenarios de crisis presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, págs. 107- 116.

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

GUILARTE ZAPATERO, V. “Arts. 1857 a 1873”, en la obra colectiva dirigida por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXIII. Madrid, Revista de Derecho Privado, Ed. de Derecho Reunidas, 1990, págs. 440-567.

GULLÓN BALLESTEROS, A. “Comentario artículos 1857-1886”, en la obra colectiva coordinada por SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. Comentario del Código Civil, Tomo 9, 2ª edición, Barcelona, Bosch S.A., 2006, págs. 164-202.

HEDEMANN, J.W. *Tratado de Derecho Civil, Vol. II, Derechos reales*, Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1955.

HERAS FERNÁNDEZ, M.M. *Los sujetos en el contrato de depósito.* Barcelona, J.M. Bosch Editor S.L., 1997.

HUALDE MANSO, Mª. T.:

- “La obligación de custodia en el depósito”, *RJN*, nº 12, 1991, págs. 69-120.
- “Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista”, *RDBB*, nº 133, 2014, págs. 127-170.

*Informe sobre el proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*, aprobado por la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona, Pamplona, Imprenta M. Falces, 1926.

JOBARD-BACHELLIER, M.N., BREMOND, V. *Droit civil. Sûretés, publicité foncière. 16<sup>a</sup> edition*, Paris, Dalloz, 2009.

JORDANO FRAGA, F. “Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito”, *ADC*, vol. 43, nº 1, 1990, págs. 305-327.

LACARRA DE MIGUEL, J. M., VAZQUEZ DE PARGA, L. y SÁNCHEZ ALBORNOZ, C. CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICOS. “FUERO DE TUDELA: Transcripción con arreglo al ms. 11-2-6, 406 de la Academia de la Historia de Madrid”, *RJN* nº 4, 1987, págs. 21-76.

LACRUZ BERDEJO, J.L. “La causa en los contratos de garantía”, *RCDI*, nº 544, 1981, págs. 709-756.

LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros:

- *Elementos de derecho civil I. Volumen III. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*. Madrid, Dykinson, 2005.
- *Elementos de derecho civil Volumen II. Derecho de obligaciones Volumen I. Parte general. Teoría general del contrato*, Madrid, Dykinson, 2007.
- *Elementos de derecho civil Volumen II. Derecho de obligaciones Volumen II. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, Madrid, Dykinson, 2009.
- *Elementos de Derecho Civil. III. Volumen 1º. Derechos reales*. Madrid, Dykinson, 3ª ed. 2009.
- *Elementos de Derecho Civil III. Volumen 2º. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*. Madrid, Dykinson, 3ª ed. 2009.

LAGUNA YBÁÑEZ, F. “Sobre el depósito irregular mercantil”, *RJC*, 1959, págs. 7-26.

LARA GONZÁLEZ, R. “Depósito en garantía (un ejemplo normativo desde el Fuero Nuevo de Navarra)”, *RDBB*, nº 125, 2012, págs.153-168.

*Las leyes de Navarra hechas en Cortes generales a suplicación de los tres Estados de dicho Reino desde el año 1512 hasta el de 1612. Reducidas a sus debidos títulos y materias por el Licenciado Pedro de Sada y Doctor Miguel de Murillo y Ollacarizqueta.* Pamplona, Nicolás de Afsyain, Impreffor del Reyno de Navarra, 1614.

LAWRENCE NATHAN, B. “In defence of the primary trust: Quistclose revisited”, *Trusts and Trustees*, vol. 18, nº 2, February 2012, págs. 123-189.

LEGEAIS, D.:

- “Le gage-espèces après la réforme des sûretés”. *Droit & Patrimoine* nº 162, septembre 2007, págs. 70-72.
- *Sûretés et garanties du crédit*, 6<sup>a</sup> ed. Paris, Lextenso éditions, 2008.

LEHMANN, M. “El *trust* y el Derecho alemán: ¿historia de amor o choque de culturas?”, en la obra colectiva dirigida por ARROYO I AMAYUELAS, E. *El trust en el Derecho Civil*, Barcelona, Editorial Bosch S.A. 2007, págs. 39-55.

LEITÃO, HELDER MARTINS. *Da prestação de caução* (4<sup>a</sup> edição), Porto, Almeida & Leitão, Lda., 2009.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES. *Garantias das obrigações*, 3<sup>a</sup> edição, Coimbra, Edições Almedina S.A., 2012.

LEONSEGUI GUILLOT, R. A. “El derecho a la realización del valor como nota esencial de la prenda” en AAVV, *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, págs. 1025-1052.

LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA, M. “Observaciones sobre el depósito irregular romano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 74, 1988-1989, págs. 341-360.

LORD MILLET. “The Quistclose trust-a reply”, *Trusts and Trustees*, vol. 17, nº 1, February 2011, págs. 7-16.

LUMINOSO, A. “Deposito irregolare presso il terzo e depositi irregolare a scopo di garanzia”, *Giurisprudenza Commerciale*, Anno VIII (1981), págs. 425-451.

LUPOI, M. “La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito a favore o nell'interesse di un terzo”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, nº 11-12, 1970, págs. 441-466.

LUSINA HO and P. ST. J. SMART. “Reinterpreting the Quistclose Trust: a critique of Chambers’ analysis”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 21, nº 2 (2001), págs. 267-285.

LYCZKOWSKA, K.:

- “El nuevo régimen de *fiducie* en el Derecho francés a la luz de las últimas reformas”, *Indret*, enero 2010.
- *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo*. Cizur Menor, Thomson Reuters, 2013.

MACÍA MORILLO, A. “Una aproximación a la transmisión en garantía en el Derecho alemán”, *Indret*, enero 2013.

MAJELLO, U. “Il deposito nell’interesse del terzo”, *Banca, Borsa, Titolo di crédito*, Anno XXIV (1961), Parte Prima, págs. 310-352.

MALAURIE, PH., AYNÈS, L. *Les suretés. La publicité foncière*. Paris, Éditions Cujas, 1995.

MANZANARES SECADES, A. “Algunas notas sobre la prenda de dinero a raíz de la sentencia del tribunal supremo de 27 de diciembre de 1985”, *ADC*, vol. 39, nº 4, 1986, págs. 1293-1309.

MARANO, P. “Anticipazione bancaria”, en TETTI, R. y MARANO, P. *Il contratti bancari*, Milano, Giuffré, 1999

MARTÍN OSANTE, L. C. “Prenda de créditos. Prenda de imposiciones bancarias a plazo fijo. Eficacia frente a terceros y preferencia de la prenda de créditos. Embargo de créditos”, *CCJC*, nº 53, 2000, págs. 523-544.

MARTIN, R.D. “Du gage-espèces”. *Recueil Dalloz*, 2007 nº 36 págs. 2556-2561.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “Hacia una teoría general del contrato en Derecho navarro: concepto y formación”, *RJN*, nº 23, enero-junio 1997, págs. 11-45.

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

MARTORANO, F. “Cauzione e pegno irregolare”, *Rivista del Diritto Commerciale, parte prima*, nº 3-4, marzo-aprile 1960, págs. 94-130.

MATEO Y VILLA, I. “De la fiducia garantía”, en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coordinado por GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2008, págs. 1233-1259.

MAZEAUD, H. et L., MAZEAUD, J., CHABAS, F. *Leçons de Droit civil*, Tome III, Volume 1º, 7ª ed., Paris, Montchrestien 1999.

MERZ, S., MADONNA, R., SGUOTTI, P. *Manuale pratico dei privilegi, delle prelazioni e delle garanzie*, 2ª ed. Milán, CEDAM, 1999.

MESSINEO, F. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 9ª edizione, Vol. 3, Milano, Giuffrè Editore, 1959.

MOLLE, G. “I contratti bancari”, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da CICU, A., MESSINEO, F. Volumen XXXV T. 1, 4ª edizione, Milano, Giuffrè Editore, 1981.



MONREAL ZÍA, G. y JIMENO ARANGUREN, R. *Textos histórico-jurídicos navarros. I. Historia antigua y medieval*, Pamplona, Gobierno de Navarra, 2008.

MONTEIRO, ANTONIO PINTO. *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999.

MORALES Y GÓMEZ, A. *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho Civil de Navarra*, Pamplona, Imprenta Provincial a cargo de V. Cantera, 1884.

MORENO QUESADA, L. *Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, Universidad de Granada, 1987.

MOWBRAY J., LYNTON TUCKER, M.A., LE POIDEVIN, N. SIMPSON, E. *Lewin on trusts*, 17ª edición, London, Sweet & Maxwell, 2000.

NAGORE YÁRNOZ, J.J.:

- *Archivos Personales*, Fondos Personales, Universidad de Navarra.
- *Historia del Fuero Nuevo de Navarra*. Pamplona, Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia, 1994.

NICOLÒ, R.:

- “Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario”. *Foro italiano*, 1937, I.
- “Deposito e contratto a favore di terzo”, *Rivista Diritto Commerciale*, V. XXXVII, (1939), Parte Seconda, págs. 451-459.

*Novissima Recopilación. Vol. I, II y III*. Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1964.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho civil. Tomo III. Derechos reales e hipotecario*. 5ª edición, Madrid, Dijusa, 2007.

ORTELLS PÉREZ, F. “Actas de depósito”, en BORRELL J. y ORTELLS PÉREZ, F., *Derecho Notarial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011 (documento electrónico obtenido de Tirantloblanch.es).

OZCÁRIZ MARCO, F.:

- *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)*, Barcelona, Jose María Bosch, 1997.
- “Comentario a las leyes 463-474”, en la obra colectiva dirigida por RUBIO TORRANO, E. *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, págs. 1557-1598.
- “Comentario a las leyes 546-555” en la obra colectiva dirigida por RUBIO TORRANO, E. *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, págs. 1858 a 1884.
- “Comentario a las leyes 532-536”, en la obra colectiva dirigida por RUBIO TORRANO, E. *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, págs. 1817 a 1835.

PANTALEÓN PRIETO, F.:

- “Cesión de créditos” en el vol. colectivo coordinado por ALONSO UREBA, A., BONARDELL LENZANO, R., GARCÍA VILLAVERDE, R., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1990, págs. 187-298.
- “Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal”, en el vol. col. dirigido por NIETO CAROL, U., *Garantías reales mobiliarias*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998.

PAPAGNI, V. “Il pegno irregolare non è revocabile e la banca può incamerare in via definitiva il denaro ricevuto in garanzia”, *Diritto & Giustizia*, fasc.1, 2014, pag. 1.

PARDINAS SANZ, J.R. “Comentario a la ley 546-554”, en la obra colectiva dirigida por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*, Tomo XXXVIII, Vol. 2. Madrid, Revista de Derecho Privado, Ed. de Derecho Reunidas, 2002, págs. 191-206.

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

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 4ª edición, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001.

PERCHINUNNO, R. “Il sequestro convenzionale”, en *Trattato di Diritto Privato (Diretto da Pietro Rescigno)*, V. XII, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1985.

PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.:

- “Notas críticas sobre la prenda de imposiciones a plazo fijo”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 50, 2004, págs. 165-191.
- “Prenda sin desplazamiento de créditos (A propósito de la Resolución DGRN de 18 de marzo de 2008)”, *Diario La Ley* nº 6939, sección doctrina, 6 mayo 2008.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. “Consideraciones en torno al “pacto de fiducia cum creditore””, *RJN*, nº 12, 1991, págs. 43-68.

PERLINGIERI, P. *Codice Civile annotato con la doctrina e la giurisprudenza*, 2ª ed. V4.2. Napoli, Edizioni scientifiche Italiane, 1991.

PIRES, CATARINA MONTEIRO. *Alienação em garantia*. Coimbra, Almedina, 2010.

PORTALE, G. B. “Osservazioni sul contratto col terzo detentore del pegno”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1962, nº 3, págs. 876-900.

PROVAGGI, G. “Agency escrow” en la obra colectiva *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, Giuffrè editore, 1991, págs. 291-308.

*Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*. Diputación Foral de Navarra. Pamplona, Imprenta Provincial a cargo de M. Falces, 1945.

*Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*. Imprenta Provincial a cargo de J. Ezquerro, Pamplona, 1900 (reimpresión en 1904).

PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos De Derecho Civil T. 3 V. 1: El Derecho Real*, 3ª ed. Barcelona, Bosch, 1989.

REALMONTE, F. “Il pegno” en *Trattato di Diritto Privato, diretto da RESCIGNO, P., 19 Tutela dei diritti*, Tomo 1. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1985, págs. 629-672.

REGLERO CAMPOS, L.F. “Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio”, en el vol. col. coordinado por UBALDO NIETO, C. y otros, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, págs. 417-486.

ROCA JUAN, J. “Artículos 1758-1789”, en la obra colectiva dirigida por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXII, Vol. I. Madrid, Revista de Derecho Privado, Ed. de Derecho Reunidas, 1982, págs. 162-318.

ROMÁN GARCÍA, A. *La tipicidad en los derechos reales*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1994.

RUBINO, D.:

- *El negocio jurídico indirecto*, traducción de RODRIGUEZ-ARIAS, L. Revista Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1953.
- “Il pegno” en el vol. col. dirigido por VASSALLI F., *Trattato di Diritto Civile italiano* (2ª ed). Vol. XIV, tomo primo. Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1956.

RUBIO TORRANO, E.:

- “La venta a carta de gracia en el Derecho navarro”, *RJN*, nº 2, julio-diciembre 1986, págs. 13-30.
- “Comentario a las leyes 1-10”, en la obra colectiva dirigida por RUBIO TORRANO, E. *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, págs. 27- 44.
- “Comentario a las leyes 475-480”, en la obra colectiva dirigida por RUBIO TORRANO, E. *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, págs. 1598-1607.

SABATER BAYLE, E. “Las garantías reales en el Derecho civil navarro”, en el vol. colectivo coordinado por LAUROBA, M.E, *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2006, págs. 399-414.

SALINAS QUIJADA, F.:

- *Derecho Civil de Navarra. Tomo III. Volumen 2. Derecho de superficie y propiedad superficiaria, retractos legales, opción de tanteo y retracto convencionales, garantías reales*, Pamplona, Gómez ed., 1971-1973.
- *Derecho Civil de Navarra. Tomo IV. Derecho de obligaciones y contratos. Volumen 2, De los contratos en particular*, Pamplona, Gómez ed., 1973.
- *Derecho Civil de Navarra. Tomo I. Introducción*, 2ª edición, Pamplona, Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, 1983.

SÁNCHEZ BELLA, I., GALÁN LORDA, M., SARALEGUI PLATERO, C., OSTOLAZA ELIZONDO, I. *El Fuero Reducido de Navarra (edición crítica y estudios)*. Volumen I y II. Pamplona, Gobierno de Navarra, 1989.

SÁNCHEZ GUILARTE, J. “Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta”, en el vol. colectivo coordinado por ALONSO UREBA, A., BONARDELL LENZANO, R., GARCÍA VILLAVERDE, R., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1990, págs. 647-674.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. “La prenda de créditos: análisis del nuevo art. 90.1.6º de la Ley Concursal”, en el vol. col. coordinado por CAÑIZARES LASO, A. *Perspectivas actuales del Derecho de Garantías*. Cizur Menor, Thomson Reuters, 2013.

SANCHO REBULLIDA, F. A. “El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra”, *ADC*, vol. 27, nº 1, 1974, págs. 65-90.

SANTORO-PASSARELLI, F.:

- “Deposito in luogo di adempimento”, en *Saggi di diritto civile I*, Napoli, Dot. Eugenio Jovene, 1961, págs. 281- 286.
- “Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina”, en *Saggi di Diritto Civile*, II, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961.

SANZ VIOLA, A. *La cláusula penal en el Código Civil*. Barcelona, Jose María Bosch Editor, S.A., 1994.

SERICK, R. *Garantías mobiliarias en Derecho alemán*, traducción de CARRASCO PERERA, A., Madrid, Tecnos, 1990.

SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ. “Penhor”, *Boletim do Ministerio da Justiça* nº 59, Outubro 1956, págs. 13-271.

SIMLER, PH., DELEBECQUE, PH. *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncière*. 3<sup>a</sup> edition, Paris, Dalloz, 2000.

SIMONETTO, E.:

- “Sulla natura della cauzione”, *Banca, borsa e titoli di credito*, 1954, parte seconda, págs. 292-300.
- *Los contratos de crédito*, Barcelona, J. M<sup>a</sup> Bosch Editor, 1958.

SMOLYANSKY, M. “Reining in the Quistclose trust: a response to *Twinsectra v Yardley*”, *Trusts and Trustees*, vol. 16, nº 7, August 2010, págs. 558-568.

T’KINT, F. *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 3<sup>a</sup> édition. Bruxelles, Larcier, 2000.

TAPIA HERMIDA, A. J. “Pignoración de saldos de depósitos bancarios”, en el vol. colectivo coordinado por UBALDO NIETO, C. y otros, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, págs. 851-918.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Las garantías reales”, en AAVV, *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, págs. 1427-1458.

VAN OMMESLAGHE, P. “Les sûretés nouvelles issues de la pratique. Développements récents”, en la obra colectiva dirigida por STRANART,

A.M. *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Ediciones du Jeune Barreau, 1992, págs. 377-415.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES. *Das Obrigações em geral, Vol I y II*. 4ª edição, Coimbra, Almedina, 1990.

VASCONCELOS, LUIS MIGUEL PESTANA DE:

- “Notas sobre o penhor irregular”, en la obra colectiva *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, págs. 365-379.
- *Direito das garantias*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2013.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE. *Contratos atípicos*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2009.

VEIGA COPO, A. B. *Tratado de la prenda*. Cizur Menor, Civitas, 2011.

VIÑAS MEY, J. “La prenda irregular”, *RDP*, 1925, págs. 342-350.

VITTORIA, D. “Pegno irregolare” en *Enciclopedia Giuridica*, V. XXII, Roma, Istituto Della Enciclopedia Italiana, 1990.

WOLFF, M. “Derecho de Cosas”, Tomo III, 2º, en la obra colectiva de ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, M. *Tratado de Derecho civil*, 3ª edición, Barcelona, Bosch, 1971.





## Tabla de sentencias

### A.- España

Sentencias del Tribunal Supremo	
<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i> <sup>775</sup>
13 de octubre de 1891	RGLJ nº 70, 1892
1 de marzo de 1930	RGLJ, nº 193 (2º de 1930), 1931
27 de diciembre de 1985	RJ 1985\6654
19 de septiembre de 1987	RJ 1987\6069
18 de julio de 1989	RJ 1989\5713
28 de noviembre de 1989	RJ 1989\7915
10 de enero de 1991	RJ 1991\294
31 de mayo de 1993	RJ 1993\4055
14 de noviembre de 1995	RJ 1995\8603
19 de abril de 1997	RJ 1997\3429
7 de octubre de 1997	RJ 1997\7101
13 de noviembre de 1999	RJ 1999\9046
25 de junio de 2001	RJ 2001\5080
13 de noviembre de 2001	RJ\2001\9449
24 de diciembre de 2001 (Sala Cont-Advo)	RJ 2002\1558
17 septiembre de 2002	RJ\2002\8558
26 de septiembre de 2002	RJ 2002\7873
11 de diciembre de 2002	RJ 2002\10977
12 de diciembre de 2002	RJ 2003\305
22 de diciembre de 2003	RJ 2004\421
10 de marzo de 2004	RJ 2004\1821
20 de diciembre de 2004	RJ 2004\8130

<sup>775</sup> Las referencias que empiezan por AC, RJ, JUR, se corresponden con la base de datos Aranzadi Digital. Las referencias que empiezan por AAN, SAP se corresponden con el ROJ, Repertorio Oficial de Jurisprudencia, asignado por el CENDOJ y correspondiente a su base de datos. Las referencias que empiezan por RGLJ se corresponden a la revista publicada en papel *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.

30 de noviembre de 2006	RJ\2006\9487
20 de junio de 2007	RJ 2007\3455
20 de diciembre de 2007	RJ\2007\9057
11 de marzo de 2008	RJ\2008\4044
2 de julio de 2008	RJ 2008\4278
3 de febrero de 2009	RJ\2009\1360
20 de marzo de 2009	RJ\2009\1994
19 de junio de 2009	RJ 2009\4449
24 de junio de 2010	RJ 2010\5410
13 de julio de 2011	RJ 2011\5121
10 de noviembre de 2011	RJ 2012\1372
27 de enero de 2012	RJ\2012\3658
24 de octubre de 2012 (Sala Penal)	RJ\2012\9868
6 de noviembre de 2013	RJ\2013\7863
24 de octubre de 2014	RJ 2014\5836

<b>Resoluciones de la Audiencia Nacional</b>		
<i>Órgano</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
Juzgado Central de Instrucción nº 1 (Auto)	26 de junio de 1997	AAN 24/1997
Sala de lo Penal (Auto)	30 de octubre de 1997	AAN 25/1997

<b>Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia</b>		
<i>Tribunal Superior de Justicia</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
Navarra	22 de enero de 1994	RJ 1994\578
Navarra	3 de marzo de 1994	RJ\1994\2115
Navarra	23 de mayo de 1997	RJ\1997\4469
Navarra	23 junio 2009	RJ 2009\5543
Navarra	26 de octubre de 1999	RJ\1999\9743
Navarra	28 de octubre de 2004	RJ 2005\1041
Navarra	29 de marzo 2010	RJ 2010\4020
Navarra	11 de octubre 2010	RJ 2011\3429

Tabla de sentencias

<b>Sentencias de Audiencias Provinciales</b>		
<i>Audiencia Provincial</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
Navarra	28 de mayo de 1993	AC 1993\929
Navarra	12 de junio de 1997	AC\1997\1258
Valencia	21 de enero de 1997	SAP V 7/1997
Barcelona	21 de noviembre de 1997	SAP B 1800/1997
Santa Cruz de Tenerife	21 de marzo de 1998	SAP TF 673/1998
Burgos	19 de octubre de 1998	AC 1998\7327
Tarragona	7 de diciembre de 1998	AC 1998\2566
Navarra	7 de mayo 1999 (Auto)	AC 1999/1703
Barcelona	15 de junio de 1999	SAP B 6290/1999
Zaragoza	28 de junio de 1999	SAP Z 1553/1999
Navarra	6 de abril de 2000	AC 2000\1309
Alicante	26 de junio de 2000	SAP A 3191/2000
Córdoba	3 de julio de 2000	SAP CO 1076/2000
Tarragona	5 de octubre de 2000	SAP T 1523/2000
Alicante	21 de junio de 2001	AC 2001\1180
Madrid	8 de noviembre de 2002	SAP M 13109/2002
Segovia	13 de diciembre de 2002	JUR 2003\82453
Barcelona	29 de enero de 2004	AC 2004\761
Barcelona	11 de diciembre de 2006	AC 2007\1038
Sevilla	17 de septiembre de 2007	JUR 2008\379536
Castellón	26 de septiembre de 2008	JUR 2009\66611
Navarra	4 diciembre 2008	AC 2009\878
Oviedo	26 de marzo de 2009	JUR 2009\232949
Madrid	9 de julio de 2009	JUR 2010\255104
Navarra	30 de noviembre de 2011	JUR 2013\318628
Navarra	19 de diciembre de 2011	JUR 2013\318037
Islas Baleares	30 de julio de 2012	JUR 2012\281541
Zamora	21 de noviembre de 2012	JUR 2012\404323
Santa Cruz de Tenerife	13 de diciembre de 2012	JUR 2013\55842
Navarra	26 de diciembre de 2012	JUR 2013\318628
Madrid	6 de febrero de 2013	JUR 2013\109809
Navarra	22 de noviembre de 2013	JUR 2013\318037

<b>Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado</b>	
<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
Resolución de 26 de abril de 1994	RJ 1994\10725
Resolución de 18 de marzo de 2008(BOE 29-3-2008)	
Resolución de 4 de octubre de 2013 (BOE 07-11-2013)	

## **B.- Italia**

<i>Órgano</i>	<i>Fecha</i>
Sentencia de la Corte de Casación	15 de enero de 1937
Sentencia de la Corte de Casación	14 de octubre de 1953
Sentencia de la Corte de Casación	28 de marzo de 1956
Sentencia de la Corte de Casación	24 de enero de 1997
Sentencia de la Corte de Casación	10 de febrero de 2015

## **C.- Portugal**

<i>Órgano</i>	<i>Fecha</i>
Sentencia del Supremo Tribunal de Justiça	7 de mayo de 2009
Sentencia del Tribunal de Relação de Porto	3 de octubre de 1996
Sentencia del Tribunal de Relação de Porto	4 de marzo de 2013

## **D.- Common Law**

<i>Órgano</i>	<i>Referencia</i>
Sentencia de la Cámara de los Loes (RU)	Barclays Bank Ltd. v. Quistclose Investments Ltd. (1970)
Sentencia de la Cámara de los Loes (RU)	Twinsectra Ltd. v. Yardley (2002) AC 567

*Tabla de sentencias*

Sentencia de la Corte de Apelación de Nueva York (EEUU)	Matter of Totten, 179, NY 112
Sentencia de la Corte de Apelación de Nueva York (EEUU)	Martin v. Funk, 75 N.Y., 134
Sentencia de la Corte de Apelación de Nueva York (EEUU)	Mabie v. Bailey, 95 N.Y., 297
Sentencia de la Corte de Apelación de Nueva York (EEUU)	Beaver v. Beaver 117, N.Y. 421
Sentencia de la Corte de Apelación de Nueva York (EEUU)	Willis v. Smith 91, N.Y. 297

## **E.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
3 de febrero de 2004. Caso Polvillo e Hijos S.A. contra España	TEDH\2004\16



## Anexo documental

Libro III, Título XI, Capítulo I y II en la Edición del Fuero General de Navarra de 1686:



Libro III, Título XI, Capítulo I y II en la edición del Fuero General de Navarra de 1815:

82	DE COMIENDAS.
<p>el mesnadero del Rey de Navarra si tiene alguna honor, puede esplicitar así como sobre escripto es. Todo esto que sobre escripto es, despues que passa la fiesta de Santa Maria de medio Agosto, porque expleitaren luras heredades, &amp; luras honores, non ternan uerto al Rey; maspero si el Rey las vedó antes de la fiesta, que no expleitaren las honores, si expleitaren, peitan lo que abran prestó. Otro si, todo Villano Realenco, ó de Orden despues que se passa la fiesta de Santa Maria de medio Agosto, si no es con voluntad de su feitor, no haya plazo de peita.</p>	<p>go demandol que él diessé cinquenta maravedis que él había comandado, &amp; aqueill qui los maravedis había recebido en comanda, demandol, quel diessé primero los veinte cañizes de trigo que él había emprestado, que por aquellos veinte cañizes de trigo retenía los maravedis peñdrado. Et por esto dize el fuero, de que manifesta cosas es, que comandó, &amp; él con fealdad prestó, deve render los maravedis, sin embargo ninguno por fuero, &amp; despues el deudor deve pagar los veinte cañizes de trigo, porque ninguno non deve tener ninguna comanda embargada por ninguna cosa, mas pagados los cinquenta maravedis, despues podrá peñdrar al qui prestó el trigo por si, ó por feitor ó Vaille daquell Lugar, ó, esto con tresta puede constremer, quel pague, segunt el fuero del Lugar.</p>
<p>TITULO XI. De Comiendas.</p>	
<p><i>Cap. I. Como non deve ser embargada por ninguna cosa, como á su fealdad.</i></p>	<p><i>Cap. II De non peñdrar comienda.</i></p>
<p>Un home comandó en fealdad á un otro cinquenta maravedis, &amp; aqueill qui tenía en comanda los maravedis, demandava el veinte cañizes de trigo que le avia emprestado, despues un tiempo passado aqueill qui comandó los maravedis á su emi-</p>	<p>Ningun home non deve peñdrar comienda por otra deuda, quel devan, mas deve dar la comienda &amp; despues peñdrar por la deuda que li deven.</p>
	<p><i>Cap.</i></p>



Libro III, Título XI, Capítulo I y II en la edición del Fuero General de Navarra de 1869:

<p>III</p> <p><b>TÍTULO XI.</b></p> <p><i>De comiendas.</i></p> <p><b>Capítulo I.</b>—Omnis non deve ser embargada por ninguna cosa comienda en fealdad.</p> <p>Un omne comanda en fealdat á un otro L. moravida, et aqueyll qui tenia en comanda los moravida demandavel XX cañes de trigo quel avia emprestado. Depues un tiempo pasado, aqueyll qui comandó los moravida á su amigo demandó quel dices L. moravida quel avia comandado, et aqueyll qui los moravida avia recebido en comanda, demandó quel dies primero los XX cañes de trigo quel avia emprestado, que por aqueyllas XX cañes de trigo retenia los moravida peyndrado. Et per esto dies el fuero, eo que manifestá cosa es que comandó, et él en fealdat priá, deve rendre los moravida sin embargo ninguno por fuero, et despues el dador deve pagar los XX cañes de trigo, porque ninguno non deve tener ninguna comienda embargada por ninguna razon. Mas pagada los L. moravida, depues podrá peyndrar al qui prestó el trigo por sí ó por saynor ó buyle daqueyll lugar ó otro contrastá, pueda coestroyer quel pague segunt el fuero del lugar.</p> <p><b>Capítulo II.</b>—De non peyndrar comienda.</p> <p>Ningun omne non deve peyndrar comienda por otra deuda quel devan, mas deve dar la comienda et depues peyndrar por la deuda que li deven.</p>	<p>LIBRO III.—TÍTULOS X Y XI.</p> <p><b>Capítulo III.</b>—Quando su omne dórden fuesen alzado et niega, en cómo deven provar.</p> <p>Null omne que sea dórden al piden algo que lo fiazieron alzado ó que li emprestaron, si lo quisiere negar déval dar dos pruebas, el uno deve ser misacantano, ó sino omne dórden, el otro deve ser omne seglar.</p> <p><b>Capítulo IV.</b>—Cuyas deven ser las compras hechas por los abbatas sinpues la muerte.</p> <p>Todo omne que es abbat de vaxinal eglia, teniendo la abbatia si faz compra en aqueylla villa, quando eyll moriere, por fuero deve toda su compra romayner á la glesia. Empero si oviere en aqueylla villa alguna heredat por natura, ó por afinamiento, ó por compra dantes que fues abbat, todo lo que oviere comprado ó ganado pueda dar o quisiere, et non terrá tuarto á su glesia por fuero.</p> <p><b>TÍTULO XII.</b></p> <p><i>De compras et vendidas.</i></p> <p><b>Capítulo I.</b>—En qual manera fidalgo ó ombre dórden pueda comprar para sí ó para otro heredat ó coyllazo, et qualles fermes deven tornar.</p> <p>Todo fidalgo puede embiar su parient en lugar de sí, si eyll mismo non puede ir, ó su ombre si es fidalgo, que prenga fermes dalguna heredat ó dalgun coyllazo, sí dan ó al compra. Esto es por lo que á las vezes los saynors non pueden yr por enfermedades ó por enemistades; et deve ser el ferme de la villa, et si fidalgo si ser puede et los testigos, et deven ser todos estas tales qual la heredat es. Ningun om-</p>
--	--