

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. Sentencias comentadas

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA PRENDA DE DINERO A RAIZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE DICIEMBRE DE 1985

EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1985

1.º A había pignorado en favor del Banco dos imposiciones a plazo por importe de quince millones de pesetas, documentadas en libretas nominativas, quedando los respectivos saldos en calidad de prenda en las cajas del Banco en garantía de determinadas operaciones concertadas entre A y el Banco, y en concreto una apertura de crédito, y en virtud de las cuales A era deudor del Banco por un importe superior a noventa y dos millones de pesetas.

2.º B, acreedor de A, había entablado un juicio ejecutivo contra A, embargando los saldos que A tuviera en el Banco. Tras sucesivos mandamientos judiciales al Banco, a fin de que remitiera las cantidades correspondientes a los saldos que A mantenía en el Banco, éste persistía en contestar que dichas cantidades se hallaban pignoradas a favor del mismo, en garantía de determinadas operaciones que A había concertado con el Banco.

3.º En estas circunstancias, el Banco interpuso contra B una demanda de tercería de mejor derecho, alegando que las imposiciones a plazo se encontraban pignoradas a su favor y que, por consiguiente, ostentaba un derecho preferente frente a B sobre dichas imposiciones y sus saldos, solicitando del Juzgado se decretara la suspensión del procedimiento en vía de apremio respecto de tales bienes. El Juzgado de Primera Instancia tramitó la tercería, declarando no haber lugar a la misma, absolviendo a la entidad B, decretando la expresa imposición de costas a cargo del Banco y alzando la suspensión del procedimiento ejecutivo.

4.º Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por el Banco, que fue admitido y estimado por la Audiencia, declarando que las imposiciones a plazo en cuestión se encontraban pignoradas a favor del Banco, ostentando éste un derecho de crédito preferente frente a B, y decretando la suspensión del procedimiento de apremio en lo relativo a dichas imposiciones, sin hacer pronunciamiento expreso en cuanto a costas.

5.º Se interpuso por B recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que estimó el recurso, casando y anulando la sentencia de la Audiencia, sin expresa im-

posición de costas y negando, en definitiva, el derecho preferente que el Banco pretendía ostentar frente a B en virtud de prenda.

* * *

a) Señala el Tribunal Supremo que el conflicto planteado en la instancia y el punto capital del recurso versan sobre la naturaleza y alcance de las operaciones realizadas por la actora y recurrida, Banco B.S.A., con Don Pishu, reflejadas en dos libretas de «imposición a plazo» cuyos respectivos saldos quedaron «en calidad de prenda en las cajas» de dicha entidad como «garantía de operaciones» a realizar (apertura de crédito), según rezan las pólizas extendidas al efecto, autorizadas por Corredor de Comercio colegiado; tema *decidendi* en cuanto al cual la Sala de Instancia resolvió, básicamente, que a la tercerista le asiste mejor derecho frente a la demandante en juicio ejecutivo y ahora recurrente X.S.A. por virtud de la pignoración de los títulos, que dota de preferencia a los créditos del Banco B.S.A.

b) Para el Tribunal Supremo, si bien la tercería de mejor derecho es inadmisibile después de realizado el pago al acreedor ejecutante, presupuesto riguroso de oportunidad establecido en el artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, obviamente el medio liberatorio no puede entenderse producido mientras el ejecutante no haya recibido la suma dineraria en que consiste la entrega a realizar (art. 1.157 del Código civil) o no se acuerde la adjudicación de bienes en pago en el proceso de ejecución, lo que determina la improcedencia del motivo primero del recurso que, basado en el artículo 1.692-5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.533-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque si bien en el procedimiento de apremio fue ordenada al Banco B.S.A. «la entrega de la cantidad de 7.688.890 pesetas, embargadas al demandado», tal suma no fue facilitada al organismo jurisdiccional ejecutor, ya que la entidad bancaria entendió que le amparaba un privilegio frente a la ejecutante X.S.A., criterio que en definitiva le condujo a promover el litigio del que dimana el presente recurso de casación.

c) A continuación señala la sentencia, entrando ya en el tema de la prenda, que el segundo motivo del recurso aduce infracción de los artículos 1.857-1, 1.858, 1.859, 1.869 y 1.872-1, todos del Código civil, y artículo 320 del Código de comercio, alegando en síntesis que las operaciones referidas no comportan un depósito de valores en garantía de operaciones a realizar, ni de pignoración de cosa alguna en poder del acreedor, sino que se trata de imposiciones de dinero a plazo fijo, por lo que no puede hablarse de contratos típicos de prenda, ya que los derechos que entrarían no reúnen los requisitos para calificarlos como tales y poder subsumirlos en la específica normativa del Código civil; impugnación, dice el Tribunal Supremo, que ha de prosperar por las siguientes razones:

Primero: «Ciertamente, la modalidad más utilizada de garantía real en las operaciones de apertura de crédito bancario es la prenda de valores o efectos cotizables en Bolsa, y en este sentido, si la restringida mención que los artículos 320 a 324 del Código de comercio hacen de las operaciones con pignoración de “efectos o valores públicos”, en la práctica mercantil se extiende a todo tipo de títulos o valores industriales o privados, pero si son susceptibles de cotización bursátil, es claro que de tal característica están desprovistas las libretas que documentan

imposiciones a plazo fijo, y aunque tampoco existe prohibición de que los títulos a la orden se den en prenda, será menester que se trate propiamente de títulos-valores, y que se realice su endoso en garantía, lo que mal podrá predicarse de los que el Banco recurrido utiliza en apoyo de su tesis.»

Segundo: «El depósito de dinero o imposición a plazo fijo, cuya naturaleza jurídica se cuestiona, pues se le aproximó al mutuo (sentencia de 13 de diciembre de 1960) y hasta se le calificó de contrato *sui generis*, aunque no es un negocio formal, suele documentarse utilizando una libreta nominativa con menciones expresivas, y tiene el significado de un título impropio o “de legitimación”, que faculta a su titular para exigir en su día la suma de dinero correspondiente, pero que en modo alguno puede ser conceptuada de título valor, pues a éste conviene la definición descriptiva de documento de un derecho literal destinado a la circulación, capaz de atribuir de modo autónomo la titularidad del derecho a su propietario, y que confiere suficiente legitimación al poseedor para recabar el cumplimiento del derecho que incorpora.»

Tercero: «Sólo podrá hablarse de “depósito de valores en garantía de operaciones” en las hipótesis de imposiciones a plazo fijo movilizables mediante los llamados “certificados de depósito”, encajables en la categoría de títulos-valores conforme a la regulación contenida en las órdenes ministeriales de Hacienda de 24 de abril de 1969, 9 de agosto de 1974, y orden ministerial de Economía y Comercio de 17 de enero de 1981, ya que vienen sujetos a modelos oficiales en los que, según destaca la doctrina, se «literalizan» los elementos necesarios para el ejercicio y circulación del derecho, facilitando su liquidez, que sólo podrá lograrse con la presentación del documento por su titular, o por el último endosatario, formalmente legitimado por la cadena de endosos.

d) En cuanto al motivo tercero, que es asimismo estimado, imputa a la sentencia impugnada la infracción de los artículos 1.922-3 y 1.924-3 del Código civil en cuanto concede al Banco B.S.A. preferencia para el cobro de su crédito, basándose en una garantía prendaria inexistente y en otro aspecto desprovisto de base, el pretendido privilegio especial, y ostentando el derecho de una y otra parte condición común, que ha de prevalecer en el crédito de X S.A. en virtud del segundo de tales preceptos, dado que la prioridad a efectos de tercería no viene determinada por la fecha de la póliza intervenida por Corredor de Comercio, sino por los datos de la liquidación fehacientemente intervenida, según doctrina contenida en la sentencia de 21 de septiembre de 1984, alegación que merece ser acogida en su primera parte, pues no cabe desconocer que el artículo 1.922-2 del Código civil hace referencia a un privilegio mobiliario basado en la existencia de prenda propiamente dicha «que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance la garantía», y en manera alguna a la denominada prenda irregular mediante la entrega de dinero sin especificación, tanto más que en las imposiciones a plazo no concurren, como queda dicho, 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.

CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA

Por lo que respecta al derecho de prenda, de la sentencia mencionada, podrían extraerse las siguientes consecuencias:

1.ª) El Tribunal Supremo admite en términos generales la prenda de los títulos-valores, entendiendo el concepto de título-valor en el sentido de la sentencia, esto es, «documento de un derecho literal destinado a la circulación, capaz de atribuir de modo autónomo la titularidad del derecho a su propietario y que confiere suficiente legitimación al poseedor para recabar el cumplimiento del derecho que incorpora».

Bajo este concepto, el Tribunal Supremo admite:

a) La prenda de valores o efectos cotizables en Bolsa, expresamente regulada en los artículos 320 a 324 del Código de comercio, como pueden ser acciones, obligaciones, bonos...

b) La prenda de los «certificados de depósito», considerados por el Tribunal Supremo como títulos-valores endosables, coincidiendo en este punto con la doctrina mercantilista (1).

c) La prenda de otros títulos valores a la orden, realizable a través de un endoso en garantía.

Aunque el Tribunal Supremo no las menciona expresamente, cabe, como es lógico, la pignoración de las acciones no cotizables en Bolsa, ya que el artículo 42 de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere a la prenda de acciones en términos generales, sin hacer referencia a su cotización en Bolsa o no.

A pesar de que el Tribunal Supremo hable expresamente de títulos-valores «a la orden», no parece que haya inconveniente en la pignoración de pagarés nominativos, que, en virtud de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985, pueden ser también endosados, cumpliendo con la función de circulación típica de los títulos-valores, puesto que el artículo 14 de la citada Ley prohíbe únicamente el endoso de las letras de cambio en las que figure la cláusula «no a la orden», y al remitir el artículo 96 de la citada Ley a la regulación de la letra de cambio en lo que se refiere a los pagarés, parece evidente que los únicos pagarés no endosables serán aquéllos expedidos con la «no a la orden» circunstancia que no se da en los pagarés nominativos (2).

2.ª) La libreta nominativa en que se documenta el depósito de dinero o imposición a plazo fijo no es un título valor (3). La pignoración de imposiciones a plazo fijo constituye una «prenda irregular», caracterizada por la entrega de dinero sin especificación, en la que no concurren 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.

(1) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, 1975, pp. 381 y ss.

(2) Sobre la consideración de los pagarés como títulos valores, ver fundamentalmente *Estudios de Derecho Cambiario*, 1986, dirigidos por Aurelio Menéndez.

(3) En este sentido se había manifestado ya GARRIGUES, en *Contratos bancarios*, *op. cit.*, pp. 372-373. En efecto, dice este autor que en la práctica bancaria española la libreta nominativa en que se documenta una imposición a plazo no es un título-valor en sentido técnico, sino más bien un título de legitimación que contiene la promesa de una prestación. Estos títulos de legitimación se parecen a los títulos valores en que la posesión es también condición inexcusable para ejercer el derecho. Pero se diferencian de ellos en que faltan las notas de incorporación del derecho al título, la literalidad y la aptitud para la circulación. La cualidad de intransferible se destaca en todos los reglamentos bancarios españoles respecto de las libretas de ahorro. Y la obligación del suscriptor (banco) no se regula según la declaración unilateral de voluntad manifestada en el título 1, sino conforme a la relación contractual de depósito que se ha estipulado para su emisión.

3.ª) Al no ser una verdadera prenda la pignoración de imposiciones a plazo fijo, el acreedor pignoraticio carece de la preferencia que otorga a dichos acreedores el artículo 1.922-2 del Código civil, que establece que tienen preferencia sobre determinados bienes muebles del deudor: «Los créditos garantizados con prenda que se hallen en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.» De hecho, ésa fue la argumentación del Banco en la sentencia que estudiamos: habiendo embargado un tercero las cuentas, depósitos y saldos que el deudor tenía en el Banco, éste alegaba frente al tercer embargante que tenía una preferencia de cobro, al ser acreedor pignoraticio, al amparo del artículo 1.922-2 del Código civil. Tal argumentación fue rechazada, desestimándose la tercería de mejor derecho interpuesta por el Banco.

Y si la prenda sobre una imposición a plazo no es una verdadera prenda, el teórico acreedor pignoraticio no gozará de tal calidad en los casos de quiebra o suspensión de pagos del depositante. En efecto, el artículo 918 del Código de comercio establece, para los casos de quiebra, que los acreedores con prenda constituida por escritura pública o en póliza intervenida por Agente o Corredor de Comercio, no tendrán obligación de traer a la masa los valores u objetos que recibieron en prenda, y, por su parte, los artículos 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos conceden al acreedor pignoraticio derecho de abstención en los supuestos de suspensión de pagos del deudor, sin estar sometidos, por tanto, al Convenio de la suspensión.

EL DERECHO DE PRENDA Y LA PRENDA DE DINERO: CARACTERISTICAS

La prenda es aquel derecho real que tiene el acreedor de una obligación principal, sobre una cosa mueble ajena, en cuya virtud, para garantizar el cumplimiento de aquella obligación, está facultado para poseer la cosa y para, si es incumplida, promover su enajenación y que le sea hecho pago con el precio (4).

El artículo 1.857 del Código civil, bajo la rúbrica «Disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca», exige como requisitos para la constitución de un derecho de prenda:

- a) Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.
- b) Que la cosa pignorada pertenezca en propiedad al que la empeña.
- c) Que las personas que constituyan la prenda tengan la libre disposición de sus bienes.

A su vez, y a los efectos de estas páginas, se pueden considerar como características esenciales del derecho real de prenda las siguientes:

- 1) El deudor debe entregar la posesión de la cosa dada en prenda al acreedor. Así lo exige el artículo 1.863 del Código civil: en efecto, tal y como está regulada la prenda en nuestro Código civil, una de sus notas básicas es la desposesión de la cosa gravada que, en todo caso, debe experimentar el deudor o el dueño de la misma que constituye el gravamen. Esta desposesión, que era ya exigida por el Derecho romano y Las Partidas (5), se justifica en el Derecho francés,

(4) ALBALADEJO: *Derecho civil*, tomo III, 1983, p. 238.

(5) Ley 1.ª, Título 13, parte V; *vid.* GUILARTE LAPATERO: *Comentarios al Código civil*, tomo XXIII, pp. 396 y ss.

al decir de PLANIOL, como un procedimiento de publicidad de hecho, cuya finalidad es poner de manifiesto la constitución de la prenda a fin de avisar a los terceros que no han de contar con el valor del objeto dado en prenda como garantía de un crédito. La misma idea es aplicable por STOLFI en relación al antiguo Código italiano, y parcialmente por GORLA respecto del vigente. Sin embargo, tal consideración de la transmisión posesoria y del estado de hecho que produce como un medio de publicidad en beneficio de los terceros, no parece suficiente a nuestro legislador, que, como establece en el artículo 1.865, impone, para que la prenda surta efectos frente a terceros, la necesidad de que conste la certeza de la fecha en documento público. Preceptos análogos se sancionan en el Código francés y en el italiano. De ahí, señala GUILARTE, que sin negar que la entrega de la posesión representa una cierta publicidad útil a los terceros, parezca más exacto entender que la transmisión posesoria y la propia situación a que da lugar se explica porque en ella descansa la propia garantía que la prenda representa, como puso de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1912 (6). Y ello no sólo porque mediante la desposesión del deudor el acreedor está en condiciones de impedir la enajenación fraudulenta de la cosa gravada, con los consiguientes perjuicios, unida al juego del artículo 464, sino, además, porque todo el contenido de seguridad que la prenda entraña se asienta sobre la posesión de ésta, sin la que no es posible concebir la reglamentación legal.

Esta idea parece exacta: en efecto, la razón de ser de esta entrega o desplazamiento posesorio responde a una doble exigencia: en primer lugar, conseguir que el deudor deje de tener la dominación efectiva de la cosa: de esta forma el deudor no podrá ni hurtar la cosa a la garantía, enajenándola, por ejemplo, ni hacerla desmerecer de valor. La idea central es, pues, que el pignorante pierda la posesión inmediata: esto es más importante que el hecho de que pase a poseer el acreedor prendario, pues en definitiva, según admite el artículo 1.863, la cosa pignorada puede quedar en poder de un tercero. Y en segundo lugar, posibilitar que el acreedor pueda ejecutar la cosa si se incumple la obligación garantizada. En este sentido, la mejor garantía del acreedor es tener en su poder la cosa del deudor (7).

2) El deudor sigue siendo propietario del bien dado en prenda: artículo 1.869 del Código civil.

3) Si el deudor no cumple con su obligación principal, el acreedor tiene el poder jurídico de realizar el valor de la cosa pignorada (*ius distrahendi*): esto es, la facultad para instar la venta de la cosa y cobrar el crédito con el importe obtenido. El acreedor tiene terminantemente prohibido quedarse con la cosa dada en prenda en caso de que el deudor impague la obligación principal: así lo señala el artículo 1.859 del Código civil, que consagra la prohibición del llamado pacto comisorio. En virtud de esta norma se entiende no sólo que está prohibido que el acreedor en caso de incumplimiento por el deudor se apropie de las cosas dadas en prenda, sino también que está excluida la posibilidad de que las partes pacten

(6) GUILARTE, *op. cit.*, p. 397.

(7) En esta línea, PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, vol. III, p. 29, y ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 245. Que la desposesión del deudor se justifica por la necesidad de que éste carezca de poder de disposición sobre la cosa se comprueba fácilmente en el supuesto de prenda de créditos, como veremos más adelante.

que el acreedor tendrá esa facultad en caso de incumplimiento: semejante pacto es nulo, como ha señalado la Jurisprudencia reiteradamente (8).

4) El acreedor pignoraticio tiene la facultad de cobrar, con el precio obtenido por la enajenación de la prenda que se hallaba en su poder, con preferencia a otros acreedores del deudor (arts. 1.922-2 y 1.926-1 del Código civil) (9).

En la misma línea de preferencia, la condición de acreedor pignoraticio concede importantes ventajas en supuestos de insolvencia del deudor, como, por ejemplo, suspensión de pagos o quiebras. En efecto, el artículo 918 del Código de comercio para los casos de quiebra y el artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos permiten al acreedor pignoraticio «ir por fuera» de la quiebra o de la suspensión, pudiendo ejecutar la prenda sin verse afectado por la situación de quiebra o concurso del deudor. En este sentido ha señalado TORRES DE CRUELLS que en el orden práctico, y en la suspensión de pagos, el crédito derivado de la prenda es preferente, pues o se ha de atender antes del convenio, o, si el acreedor no concurre al otorgamiento de éste, se ha de atender íntegramente después (10).

Y así lo reconoció el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de junio de 1945: cuando la garantía prendaria consiste en efectos cotizables y ha sido constituida por escritura pública o en póliza intervenida por Agente o Corredor de Comercio, el acreedor está facultado (arts. 320, 323 y 918 del Código de comercio) para no llevar a la masa de los bienes del quebrado o suspenso los valores pignoratados, excepto cuando se hace uso del derecho de recuperarlos pagando íntegramente el crédito que aseguraban, pudiendo vender la garantía y hacerse pago al margen de la quiebra o suspensión, a cuyo llamamiento no está obligado a acudir, como tampoco a pasar por los convenios de la Junta de Acreedores, según reconoce la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, en el párrafo 3.º de su artículo 15.

5) El acreedor pignoraticio tiene la facultad de retener la cosa dada en prenda en su poder hasta que se le pague el crédito, según señala el artículo 1.866 del Código civil. Al reconocer el Código esta facultad de retención hasta el pago total del crédito, no hace sino proclamar expresamente un derecho esencial e indispensable para la finalidad de garantía que el contrato persigue.

Complemento de esta idea es el artículo 1.871, en virtud del cual no puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses con las expensas en su caso.

En cuanto a los objetos sobre los que puede recaer la prenda, el artículo 1.864 del Código civil señala que pueden darse en prenda todas las cosas muebles que estén en el comercio, con tal de que sean susceptibles de posesión. Con base en este artículo, la doctrina viene sosteniendo que el dinero puede ser objeto de prenda, pues es un bien mueble, *in comercio* y poseponible.

Sin embargo, las especiales características del dinero considerado como bien susceptible de ser objeto de prenda hacen que las notas típicas enunciadas del derecho de prenda de algún modo se difuminen, hasta el punto de que la prenda

(8) *Vid.*, sin embargo, GUILARTE, *op. cit.*, p. 370, con una serie de matizaciones interesantes sobre la validez de ciertos pactos, permitiendo al acreedor apropiarse de la cosa y jurisprudencia al efecto.

(9) DIEZ-PICAZO: *Sistema de Derecho civil*, tomo III, 1985, pp. 491 y ss.; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 43; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 249; ESPÍN: *Derecho civil, Derechos reales*, p. 366.

(10) TORRES DE CRUELLS: *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957, p. 282.

de dinero se considera como una «prenda irregular». En la prenda irregular, dice DÍEZ-PICAZO, se da una verdadera especialidad en cuanto al objeto, pues el constituyente entrega dinero (aunque no hay inconveniente dogmático para que sean otras cosas fungibles) sin especificación y el acreedor pignoraticio ha de devolver otro tanto al cumplirse la obligación garantizada. De otra parte, señala PUIG BRUTAU que prenda irregular es la que atribuye al acreedor la propiedad y el derecho a consumir la cosa pignorada (generalmente dinero) a cambio de la obligación de devolver otra cantidad igual (11).

Y, como apuntábamos, las características del derecho de prenda aparecen desdibujadas en el caso de prenda irregular:

a) En efecto, si una característica de la prenda es el desplazamiento posesorio de la cosa dada en prenda al acreedor, continuando el deudor como dueño de la misma (art. 1.869 del Código civil), en este caso esta última nota no se da. En la prenda irregular el objeto dado en prenda pasa al patrimonio del acreedor, se confunde en su patrimonio, de forma que lo que nace para el acreedor que recibe el bien, es la obligación de devolver «otro tanto de la misma especie y calidad» en caso de que se cumpla la obligación garantizada: en caso de prenda de dinero, el acreedor tiene la obligación de devolver no ese dinero específico que el deudor le ha entregado en prenda, sino una suma representativa del mismo importe. Por eso es irregular la prenda: porque el acreedor se hace dueño de lo que se le entrega, si bien con la obligación de restituir «otro tanto de la misma especie y cantidad».

En este sentido, afirma claramente ALBALADEJO que en la prenda irregular, como en otros casos de figuras calificadas también de irregulares (así, usufructo, depósito), el que entrega no conserva la propiedad de lo dado, sino que la adquiere quien la recibe, que queda obligado frente a aquél a devolverle otro tanto de lo mismo. Lo que constituye, señala este autor, no un derecho real (del acreedor pignoraticio) en cosa ajena (del pignorante), sino un derecho de propiedad de aquél (que hizo suya la cosa al recibirla) con el simultáneo nacimiento de un derecho de crédito (del pignorante) a la devolución de otro tanto de lo mismo. Así pues, concluye ALBALADEJO, no se puede decir que jurídicamente haya prenda, si el llamado titular de ese derecho, lo que recibe realmente es la propiedad de la

(11) DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 492; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 26. Sobre la prenda irregular, *vid.* VIÑAS MEY: «Revista de Derecho Privado», 1925, pp. 341 y ss.

Desde la perspectiva de la prenda, afirma GUILARTE, comentando el artículo 1864 del Código civil (*op. cit.*, p. 411), las cosas fungibles pueden entregarse al pignorante de dos distintas formas, según que aquéllas se consignen en su individualidad específica, en cuyo caso el acreedor, satisfecha la obligación garantizada, deberá devolver las mismas cosas recibidas, o que el dinero o la cosa fungible de que se trate se entregue sin ninguna especificación y con el acuerdo, expreso o tácito, de que el acreedor, de cumplirse la obligación principal, deberá devolver otro tanto de la misma especie y cantidad de lo recibido. En el primer caso, la prenda no ofrece especialidad de ningún tipo, a no ser que, tratándose de prenda de dinero, no es necesaria la realización de la cosa, incumplida la obligación, por razones obvias. En el segundo caso, se da lugar a la tradicionalmente denominada «prenda irregular», que representa una especialidad tan acusada que realmente hace dudar de si se trata de una verdadera prenda. Nuestro Derecho positivo, que silencia el tema en su planteamiento general, lógicamente, y a diferencia de lo que ocurre en algunos Códigos, no establece criterio o presunción que ayude a determinar cuándo se está en presencia de una prenda normal, que tiene por objeto una cosa fungible, o de una prenda irregular. La cuestión, no siempre fácil, debe resolverse mediante la interpretación de lo realmente querido por las partes.

cosa entregada, convirtiéndose en deudor de una obligación genérica, hacía el pignoratice. Habrá si se quiere una prenda en sentido económico, pero en sentido rigurosamente jurídico no hay prenda (derecho real en cosa ajena), sino una situación que en la práctica satisface también, a veces, los fines de aquélla, pues tratándose de asegurar el cumplimiento de una deuda, el aseguramiento se consigue, asimismo, si el acreedor recibe algo que hace suyo y que no se verá obligado a devolver en la cuantía en que el deudor incumpla la obligación garantizada. Y lo que hay es que a esa prenda que jurídicamente no lo es, jurídicamente hablando se le llama prenda irregular (12).

b) Pero es que, además, en la prenda irregular, en caso de incumplimiento por parte del deudor de la obligación principal, el acreedor pignoratice no va a acudir a los procedimientos de realización de valor que marca el artículo 1.872 del Código civil, esto es, la pública subasta, sino que se va a quedar directamente con la cosa dada en prenda, en este caso el dinero (13), cumpliendo así perfectamente su función de garantía para el acreedor, pero consagrando una consecuencia muy similar a la que prohíbe el artículo 1.859 del Código civil, al decir que «el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda ni disponer de ellas».

c) Y a lo dicho hay que añadir que a tenor de la sentencia de 27 de diciembre de 1985, objeto de este comentario, en caso de prenda de dinero, el acreedor pignoratice no goza de la preferencia de cobro del artículo 1.922-2 del Código civil en caso de que otros acreedores del deudor intentaran también el cobro en la cosa dada en prenda. Y aunque no lo dice expresamente la sentencia, al no tratarse de tal supuesto, no sería aventurado pensar que, con base en los argumentos de la sentencia y fundamentalmente el de que la prenda irregular no es una verdadera prenda, tampoco se reconociera al acreedor pignoratice en caso de prenda de dinero el derecho de abstención en los supuestos de quiebra o suspensión de pagos del deudor.

Respecto a este punto, hay que señalar también que el Tribunal Supremo ya se había ocupado de la prenda irregular en —al menos— otra sentencia, la de 1 de marzo de 1930, en la que, tras señalar que «la prenda irregular es una modalidad jurídica de la garantía prendaria que, conforme al designio de la voluntad de los contratantes, desfigura las normas del contrato de prenda», niega la aplicación a la prenda irregular del derecho de preferencia de cobro que el artículo 1.922-2 concede al acreedor pignoratice (14).

Por tanto, si en la prenda de dinero el deudor pierde la propiedad de lo dado en prenda, naciendo un derecho de crédito frente al acreedor para la restitución en caso de cumplimiento de la obligación principal, si el acreedor puede quedarse directamente con el dinero pignorado sin necesidad de acudir a los procedimientos

(12) ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 253.

(13) Se admite normalmente que en caso de prenda de dinero el acreedor no tiene que acudir al procedimiento del artículo 1.872, sino que puede hacer suyo directamente el dinero pignorado.

(14) A pesar de que el entrecomillado corresponde literalmente a la sentencia, realmente el caso juzgado en aquél supuesto no era un verdadero caso de prenda irregular, ya que se trataba de un supuesto de prenda de acciones que estaban perfectamente identificadas, en el que el deudor permitía al acreedor pignoratice hacerse pago con las mismas, poniéndolas a su nombre, en caso de impago de la obligación principal.

Vid. el comentario a esta sentencia de Díez-PICAZO, en *Estudios de Jurisprudencia civil 1975*, p. 386.

de ejecución, y si además resulta que el acreedor pignoraticio no tiene preferencia de cobro, habremos de convenir que la prenda de dinero es una figura que guarda poco parecido con la prenda entendida como derecho real.

Y sin embargo, y es importante señalarlo, es una figura que cumple una función importante de garantía y que no tiene por qué ser mirada con desfavor. En efecto, la prenda, y también, como es lógico, la prenda de dinero, responde a una relación de crédito-deuda entre acreedor y deudor, en cuya virtud el deudor debe, normalmente, dinero al acreedor. Y el interés del acreedor en garantizar la recuperación de ese dinero es un interés perfectamente legítimo: además, el acreedor se esmerará en cumplir todos los requisitos para que su garantía sea efectiva, y normalmente la prenda constará en documento público, otorgado ante Notario o intervenido por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio a efectos de la certeza de la fecha, precisamente por su juego frente a terceros. Lo que ocurre es que por la especialidad del objeto dado en prenda, ésta tiene las características antes enunciadas. Sin embargo, toda esa función de garantía desaparece, a tenor de la sentencia comentada, frente a otros acreedores posteriores que intentan hacer cobro sobre el mismo objeto dado en prenda, esto es, el dinero. Y ello, a nuestro juicio, constituye un resultado injusto.

No vamos a discutir aquí los razonamientos del Tribunal Supremo en cuanto a la prenda de dinero, entre otras cosas porque posiblemente estemos también convencidos de que el dinero como cosa fungible sin especificación no puede ser objeto de prenda, como dejábamos entrever anteriormente. Lo que vamos a intentar es que la función de garantía de esa figura, que las partes han denominado como prenda de dinero, siga siendo válida, a través de expedientes jurídicos distintos. Para ello distinguiremos dos supuestos: el caso de la prenda de dinero ya constituida en que el interés del acreedor pignoraticio choca con otros acreedores del deudor y el caso de que las partes deseen construir, hacia el futuro, una figura que surta los mismos efectos de garantía que una prenda de dinero.

LAS PRENDAS DE DINERO, HOY EN VIGOR, A LA LUZ DE LA SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1985

Hay que partir del dato fáctico de que, debido a su misma naturaleza, la prenda de dinero se dará normalmente en el ámbito de las operaciones bancarias, siendo el Banco acreedor pignoraticio y deudor el cliente que tiene constituidos depósitos o cuentas en ese u otro Banco o institución financiera. A la vista de la sentencia comentada, parece posible pensar que si en el futuro un tercero se dirige al Banco embargando los saldos, cuentas y depósitos del deudor, o si el deudor se declara en suspensión de pagos o quiebra, la garantía que el acreedor buscó a través de la prenda de esos saldos y depósitos, puede quedar sin efecto alguno si efectivamente un Juez o Tribunal declara que la prenda de una imposición a plazo es una prenda irregular que carece de la preferencia del artículo 1.922-2 del Código civil o de los derechos de abstención que le reconocen para los casos de quiebra o suspensión de pagos los artículos 918 del Código de comercio y los artículos 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos.

Y para encontrar una salida a esa situación hay que cambiar el planteamiento respecto a la prenda de dinero. En efecto, el Tribunal Supremo considera en esa

sentencia que la prenda de una imposición a plazo es una prenda irregular, y que, por tanto, carece de las notas del derecho de prenda, y entre ellas el derecho de preferencia de cobro antes citado. Pues bien, aceptemos esta premisa y saquemos las consecuencias de la misma, en vez de intentar convencer al Tribunal de lo contrario. Porque a su vez, el mismo Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de marzo de 1930, y la mayoría de la doctrina (CASTÁN, ESPÍN, ALBALADEJO, GUILARTE, DÍEZ-PICAZO) consideran que la prenda irregular no es prenda, aunque las partes la llamen así, porque la propiedad del objeto pignorado, en este caso el dinero, pasa a ser propiedad del acreedor, en este caso el Banco, teniendo éste la obligación de devolver dicho importe si la obligación garantizada se cumple por el deudor. Pues bien, si esto desnaturaliza el contrato de garantía celebrado hasta el punto de que se niega que sea prenda, lo que es evidente es que entonces la propiedad del dinero dado en «prenda» ha pasado a ser propiedad del Banco (15), a quien le corresponde ahora una hipotética obligación de restitución. Y si ello es así, entonces frente a la pretensión del tercero embargante de los saldos y depósitos del deudor habrá que mantener no que el derecho del acreedor pignoraticio —el Banco— tiene preferencia porque es un derecho de prenda, sino que lo que el tercero embargante está embargando no es propiedad del deudor, sino del Banco: y por tanto, en vez de una tercería de mejor derecho —como opuso el Banco en la sentencia aquí comentada— habría que oponer una tercería de dominio: es decir, en suma, hacer valer el derecho de propiedad del Banco sobre las sumas dadas en prenda.

Por otra parte, si analizamos la naturaleza jurídica de la imposición a plazo, creemos que la idea expuesta queda corroborada. En efecto, la imposición a plazo es una operación «pasiva» del Banco en virtud de la cual éste capta unos fondos que posteriormente remunera. La doctrina mercantilista ha situado tal figura dentro del contrato de depósito, y concretamente se habla de «depósito a plazo fijo» (16). Sin embargo, el hecho de que el bien objeto del depósito sea el dinero plantea una serie de particularidades que han obligado a revisar la naturaleza jurídica de la imposición a plazo. Así, GARRIGUES parte de la base de que depósito de dinero el Banco hace suyo el dinero recibido, limitándose su obligación a devolver una cantidad igual: cuando esto ocurre en un contrato de depósito, el depósito se transforma en «irregular», porque en el depósito normal o regular el depositante sigue siendo dueño de la cosa depositada. La adquisición por el depositario (esto es, el Banco) de la propiedad de la cosa depositada es la nota característica de la figura irregular del depósito: el derecho del depositante se convierte así en un derecho de crédito frente al banco (17).

(15) CASTÁN: *Derecho civil, op. cit.*, p. 485, señala en este sentido que los efectos fundamentales de la prenda irregular son: a) en primer lugar, la prenda de que se trata atribuye inmediatamente (en ello consiste su especialidad) la propiedad del dinero al acreedor pignoraticio, *que se hace deudor de la cantidad*; b) en caso de incumplimiento de la obligación principal, puede ser aplicada la garantía al pago de aquella; c) en caso de ser incumplida la obligación principal, el acreedor pignoraticio tiene la obligación de restituir una cantidad igual a la recibida.

(16) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, Madrid, 1975, pp. 376 y ss.

(17) Esta idea del traspaso de propiedad del depositante al depositario del dinero depositado es central para GARRIGUES. Así, señala este autor, hablando de la deuda de dinero, que la expresión «propiedad del dinero» hemos de admitirla con mucha reserva, a causa, precisamente, de la extrema fungibilidad que le caracteriza. Es evidente que soy dueño del dinero que tengo en mi bolsillo o que conservo guardado en casa.

Por otra parte, el hecho de que en las imposiciones a plazo el depositante no tenga la libre disponibilidad de su dinero sino al final del plazo pactado constituye una nota más de desnaturalización del contrato de depósito, que precisamente se basa en la posibilidad para el depositante de recuperar en cualquier momento la cosa depositada, lo que hace opinar a GARRIGUES que probablemente seguimos llamando depósito a un contrato que ofrece las características del préstamo: pase, ex artículo 1.753 del Código civil, de la propiedad al prestatario (en este caso, el Banco) y devolución a término de una suma igual a la recibida (18).

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 18 de junio de 1985, al estudiar la naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo, señala que éstas se pueden calificar, ya sea como préstamo, ya sea como depósito irregular, pero que en cualquier caso se caracterizan porque al entregar el cliente al Banco ciertas sumas de dinero, éste adquiere la propiedad de las mismas, comprometiéndose a devolverlas en la forma y con el interés pactado.

Pero se da la circunstancia de que en nuestra casa tenemos muy poco dinero, porque la mayor parte la depositamos en un banco. De donde se sigue que mi propiedad sobre el dinero es exigua e insignificante. Lo que ocurre es que yo sigo considerando como mío el dinero que entrego al banco, y así, digo: "Tengo mi dinero en el Banco X". Mas en realidad ese dinero no es mío, sino del banco, ya que al ingresar en sus cajas se incorpora al resto del dinero que posee el banco, siendo imposible la identificación de las piezas que yo entregué. *Lo único que a mí me queda en tal caso es un crédito contra el banco para la restitución de la suma entregada.* Mas siendo tan firme como es, en general, la solvencia de los bancos, ese crédito mío es tan seguro que me permito una suplantación de conceptos jurídicos, llamando "mi dinero" al que en realidad es dinero de otro, es dinero del banco [...]. En suma, cuando el dinero sale de mi poder, yo pierdo su propiedad. *Mi dominio se ha transformado en un crédito nacido de un contrato de depósito o de préstamo, y que obliga al depositario o al prestatario a la restitución de la suma debida»* (Op. cit., p. 71).

En el mismo sentido se manifiesta VÁZQUEZ IRUZUBIETA: «La circunstancia de que lo que se deposita es dinero (cosa mueble fungible), y lo que se recupera es dinero en la misma cantidad, pero no precisamente las mismas piezas de papel o monedas que se depositaron, hace reclamar a la gran mayoría de la doctrina la calificación de "depósito irregular", en virtud de que altera sustancialmente las reglas generales que dominan esta institución. Por principio, el depositario no puede utilizar para provecho propio o ajeno la cosa dada en depósito; si lo hace sin permiso, responde de los daños y perjuicios ocasionados y posibilita la resolución inmediata del contrato con otras consecuencias jurídicas. Si tiene permiso para usar la cosa entregada en depósito, entonces el contrato se desnaturaliza, convirtiéndose en préstamo o comodato (art. 1.786 del Código civil), según que a cambio se perciban beneficios o el préstamo sea gratuito. De suerte que si el depósito desnaturalizado se convierte en préstamo cuando el depósito lo es de dinero u otra cosa fungible, el prestatario (en este caso, el banco), conforme al artículo 1.753 del Código civil, adquiere en propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad.» Vid. VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Operaciones bancarias*, p. 155.

(18) Sin embargo, a este respecto afirman Díez-Picazo y Gullón (*Sistema de Derecho civil*, tomo II, 1983, p. 499) que la equiparación entre depósito irregular y préstamo no deja, sin embargo, de ser algo concorde con las verdaderas intenciones de las partes. El depositante del dinero, por ejemplo, no piensa para nada en concederle un préstamo al depositario, sino que quiere, lo mismo que en el depósito irregular, que éste le custodie los fondos y tener en todo momento la disponibilidad de los mismos. Y haciéndose eco de esta idea, concluye GARRIGUES (op. cit., p. 377) que «tendremos que llegar a la conclusión, tan frecuente en el Derecho mercantil, de que estamos en presencia de un contrato *sui generis*, que no es préstamo ni depósito, aunque se siga llamando depósito». A pesar de ello, Díez-Picazo y Gullón señalan que es constante en la Jurisprudencia la equiparación entre depósito irregular y préstamo (sentencias de 22 de diciembre de 1941, 7 de marzo de 1944 y 4 de diciembre de 1975).

Por su parte, la doctrina civilista, al estudiar el depósito irregular, es también de la opinión de que el depositario adquiere la propiedad de lo entregado: «Si el depositario recibe dinero o cosas fungibles que se confunden en su patrimonio — dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN—, la pérdida de la individualidad se le produce automáticamente, el depositario podrá disponer de ellas como de todas las demás que en su patrimonio tenga, y su obligación de restitución no versará sobre la misma cosa depositada, sino sobre el *tantumdem* (otro tanto de la misma especie y calidad)» (19). Del mismo criterio son FLORES MICHÓ (20), ESPÍN y ALBALADEJO. Por tanto, y como conclusión a este respecto, cabría señalar que es opinión común que en caso de depósitos de dinero el depositario —normalmente un Banco— adquiere la propiedad de ese dinero (21).

Esta conclusión impediría cabalmente que se constituyera por parte del cliente-deudor un derecho de prenda sobre esos depósitos, que por hipótesis ya no son suyos, sino del Banco.

Ello implicaría, como hemos señalado, que si se produce un supuesto como el de la sentencia estudiada, el Banco podría defenderse del embargo esgrimiendo una tercería de dominio en vez de una tercería de mejor derecho. Sin embargo, tal argumentación no resuelve la situación del Banco, pues a continuación el tercero embargará el crédito que el deudor tiene frente al Banco para la restitución de los depósitos, supuesto en el que, a su vez, cabe distinguir dos casos:

a) Si el depósito vence posteriormente al crédito que tiene el Banco frente al cliente-deudor, cuando el ejecutante solicite al Banco la restitución de los depósitos por la vía de embargo, el Banco podrá oponerle la compensación. Tal pa-

(19) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, tomo II, *op. cit.*, p. 499.

(20) FLORES-MICHÓ: *El depósito irregular*, «Revista de Derecho Privado», 1963, p. 751; ESPÍN: *Derecho civil*, tomo II, p. 613; ALBALADEJO: *Derecho civil*, tomo II, p. 370.

(21) De esta idea se pueden extraer importantes consecuencias; así, en el caso de quiebra del depositario: mientras que tratándose de un depósito ordinario o regular tendría el depositante el derecho de separación *ex iure domini* con base en los artículos 908 y 909.3 del Código de Comercio, en el depósito de dinero, al convertirse el dinero depositado en propiedad del quebrado depositario no parece posible tal separación, sino que el depositante ostentaría un derecho de crédito frente al depositario para la recuperación de la cantidad depositada. De acreedor de dominio se convertiría en acreedor de suma.

En algunas ocasiones los Tribunales han abordado directamente este problema: así, por ejemplo, en el caso de la quiebra del Banco de Barcelona, con conclusiones opuestas entre las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Territorial de aquella ciudad. La sentencia del Juzgado contiene como declaraciones fundamentales la de que el depósito irregular existe como figura independiente del mutuo, y la de que en aquél no pierde el depositante la propiedad de las cosas depositadas, por lo cual debe ser considerado de modo preferente a los simples acreedores personales. La sentencia de la Audiencia Territorial, que revocó la del Juzgado, esbozó un estudio del contrato de cuenta corriente, manifestando que éste no se puede confundir con el depósito regular ni irregular ni con el préstamo, constituyendo un contrato *sui generis*; la propiedad de los fondos ingresados —declaró también— se transfiere al banco, siendo el cuentacorrentista acreedor de cantidad y no de dominio. *Vid.* FLORES MICHÓ, *op. cit.*, p. 772.

Y a la inversa, añadimos nosotros: en caso de quiebra o suspensión de pagos del depositante, las cantidades depositadas no pertenecerán a la masa de la quiebra o de la suspensión, sino que los órganos de una y otra deberían hacer valer frente al depositario el derecho de crédito del depositante para la recuperación de las cantidades depositadas.

rece ser que era la situación en el caso aquí estudiado, pues en el antecedente primero de la sentencia se nos dice que «D. Pishu mantiene con el Banco B.S.A. operaciones en curso vencidas y no cobradas por un montante que actualmente es superior a 71.916.075.»

Obsérvese que no estamos hablando de mecanismos de defensa propios del derecho de prenda, que por hipótesis estamos pensando que no sería admitida por el Tribunal, sino de mecanismos de defensa propios de las obligaciones en general, como es la compensación.

b) Pero si, por el contrario, el depósito vence antes que el crédito que tiene el Banco frente al cliente-deudor, entonces el Banco, ante la reclamación del ejecutante, no tendría protección y habría de restituir los depósitos, pues no cabría alegar la compensación al no tratarse de una deuda «vencida, líquida y exigible», como exige el artículo 1.192 del Código civil.

La misma consecuencia negativa para el Banco se daría en caso de suspensión de pagos del depositante. No así en caso de quiebra de éste, pues al declarar el artículo 873 del Código de comercio que la declaración de quiebra implica el vencimiento automático de todas las deudas del quebrado, el Banco podría oponer la compensación frente a la reclamación de la sindicatura de la quiebra de restitución de los depósitos.

En resumen, la adopción de una postura como la adoptada por el Tribunal Supremo de que la prenda de unos depósitos o de unas imposiciones a plazo no es una verdadera prenda sino una prenda irregular, sin extraer ninguna consecuencia de la operación realizada por el Banco y su deudor, deja al acreedor pignoraticio en ciertos casos inermes ante la acción de terceros acreedores y ante supuestos de insolvencia del deudor, y ello aunque su intención era precisamente construir una garantía ante tales supuestos.

NUEVAS FORMULAS PARA FUTURAS GARANTIAS: LA PRENDA DE CREDITOS

Hasta aquí hemos analizado los riesgos contraídos por los acreedores bajo la forma de garantías prendarias. Pero hay que plantearse la cuestión hacia el futuro: es decir, si conviene seguir hablando de prendas de dinero y constituyendo garantías prendarias sobre depósitos. A nuestro juicio, ante tal situación habrá que tener dos ideas claras:

1.^a Cuando un cliente realiza un depósito de dinero en un Banco, estamos ante un depósito irregular, en cuya virtud el Banco se convierte en propietario del dinero, ostentando el cliente un derecho de crédito frente al Banco para la restitución de dicha suma.

2.^a Partiendo de esta base, e independientemente del disfavor con que el Tribunal Supremo contemple la prenda de dinero, el cliente no podrá dar en prenda ese dinero, sencillamente porque no es suyo: podrá dar en prenda el derecho de crédito que tiene frente al depositante, pero no el dinero. Habrá que hablar, entonces, de prenda de derechos.

La prenda de derechos es una figura que, aunque no está expresamente regulada en nuestro Código, a diferencia de otras legislaciones, es admitida sin reser-

vas por nuestra doctrina, y en concreto es admitida la prenda de crédito (22). El obstáculo que puede suponer el hecho de que el crédito objeto de la prenda no sea un bien poseíble a efectos del artículo 1.864 del Código civil (lo que impediría el desplazamiento posesorio típico de la prenda), se salva por la doctrina señalando que en tal caso ha de acudirse a un procedimiento que, en defecto de la transmisión posesoria produzca las consecuencias de ésta, especialmente la indisponibilidad del derecho gravado por parte de su titular: en concreto, y en materia de prenda de créditos, se afirma que la notificación de la constitución de la prenda al deudor del crédito es suficiente para que se opere la indisponibilidad del mismo: es decir, para que aquél se abstenga de pagar al deudor pignorante. Es de notar, sin embargo, señala GUILARTE (23), que tal notificación, apta para vincular al acreedor prendario con el deudor del crédito, no releva de la necesidad de observar lo que dispone el artículo 1.865 para que la prenda tenga efectos frente a terceros. De suerte que solamente la concurrencia de ambas formalidades determinará una situación preferente del acreedor prendario sobre otros posibles acreedores del pignorante y en relación al crédito cedido.

Respecto a la realización del derecho de crédito dado en prenda, en caso de incumplimiento por el deudor de sus obligaciones, la doctrina entiende que el acreedor pignoraticio podrá cobrar directamente el crédito pignorado, aplicando el dinero recibido al pago de su propio crédito. GUILARTE (24), siguiendo en este punto la opinión de CASTÁN, piensa que en este caso es de aplicación, por analogía, lo dispuesto en los artículos 486 y 507 respecto al usufructo de créditos y acciones, con lo que, en definitiva, el acreedor pignoraticio evita tener que acudir al procedimiento del artículo 1.872, con la posibilidad de adjudicarse el crédito en la subasta y después reclamarlo a su vez al deudor.

La prenda de derechos así constituida, que guarda muchas analogías con una cesión de crédito en garantía, es una verdadera prenda, con los derechos de preferencia que le concede el artículo 1.922-2 del Código civil y los derechos de abstención en caso de situaciones de quiebra o suspensión de pagos del deudor.

En este caso, y centrandó el tema en las operaciones bancarias, cabe distinguir dos supuestos: cuando el cliente tiene efectuados depósitos en un Banco distinto de aquél al que quiere dar la garantía y cuando los tiene efectuados en el mismo Banco.

DEPOSITOS EFECTUADOS EN EL MISMO BANCO

Si un Banco tiene contraídos riesgos con un determinado cliente y desea obtener la garantía de los depósitos del cliente en tal Banco, en vez de acudir a la prenda de unas imposiciones a plazo, que encontraría los obstáculos de la senten-

(22) La admiten, entre otros, los Códigos alemán, suizo, italiano de 1942, y portugués vigente. En cuanto a nuestra doctrina, *vid.* LACRUZ, *op. cit.*, p. 155; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 253 y bibliografía allí citada; CASTÁN, *op. cit.*, p. 455; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 492.

(23) *Op. cit.*, p. 415.

(24) GUILARTE, *op. cit.*, p. 415, sigue en este punto la opinión de CASTÁN, para quien, en este caso, es de aplicación, por analogía, lo dispuesto en los artículos 486 y 507 respecto al usufructo de crédito y de acciones.

cia comentada, podría acudir a una prenda de créditos en virtud de la cual el deudor entregaría al Banco en garantía su derecho de crédito frente al mismo Banco para la restitución de los depósitos. En este caso, evidentemente, no sería necesario realizar la notificación antes mencionada, y en caso de que incumplida la obligación principal el Banco ejecutara la garantía, se produciría una confusión de derechos, al resultar el Banco simultáneamente acreedor y deudor de sí mismo.

No obstante, esta especialidad no impediría que se tratase de un derecho de prenda perfectamente constituido, que si consta en documento público produciría los siguientes efectos frente a terceros:

a) En caso de que un tercero embargara los saldos, cuentas y depósitos del deudor en el Banco, éste podría oponerle que tales depósitos pertenecen al Banco, teniendo el deudor un derecho a su restitución. Si el tercero embargara tal derecho, el Banco alegaría su condición de acreedor pignoraticio sobre el mismo y, por tanto, su preferencia al cobro (art. 1.922-2 del Código civil).

b) En caso de quiebra del depositante, el Banco, acreedor pignoraticio, quedaría fuera de la quiebra según el artículo 918 del Código de comercio, pudiendo, en definitiva, ejecutar su garantía sobre los depósitos.

c) En caso de suspensión de pagos del depositante, se daría el mismo supuesto anterior, pues el ya citado artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos permite al acreedor pignoraticio no someterse al convenio.

DEPOSITOS EFECTUADOS EN OTRO BANCO

El cliente puede también ofrecer en prenda los derechos de crédito que tenga, por ejemplo, frente a otro Banco para la restitución de los depósitos allí efectuados. En este caso sería imprescindible efectuar la notificación de la pignoración de los créditos al otro Banco, a fin de que se abstenga de pagar a otra persona distinta que el Banco acreedor.

Los supuestos de embargo por un tercero del crédito e insolvencia del depositante tienen la misma solución que en el caso anterior: es decir, el Banco conserva su preferencia de cobro. Sin embargo, en caso de que la insolvencia (quiebra o suspensión de pagos) fuera del Banco en el que están efectuados los depósitos, el Banco acreedor no tendría más garantías frente al Banco depositario que las que expresamente tuviera el crédito del depositante.

CONCLUSIONES CRÍTICAS

Llegados a este punto, habrá que concluir que el resultado consagrado por la sentencia estudiada es injusto y criticable. Injusto porque una operación lícita en la que las partes buscan una finalidad de garantía es reducida por el Tribunal Supremo a la «nada jurídica», utilizando la expresión del profesor DE CASTRO. Y criticable porque el Tribunal Supremo tenía en sus manos argumentos jurídicos para haber llegado a un resultado distinto. Veamos ambos razonamientos.

En cuanto al primero, hay que señalar nuevamente que lo que las partes buscan es una finalidad de garantía, para lo que acuden a la fórmula de la prenda

de dinero. Pues bien, hay supuestos en los que las partes buscan a ultranza una finalidad de garantía, como por ejemplo la venta en garantía, ejemplo típico de negocio fiduciario, que siendo mirados con recelo y disfavor por el derecho, consagran unas consecuencias menos perjudiciales para el acreedor. En efecto, en la «fiducia cum creditore», cuando el fiduciante-deudor vende la cosa al fiduciario-acreedor en garantía de su deuda (con el pacto íntimo de devolución consiguiente), en caso de quiebra del fiduciante se le reconoce a éste el derecho de solicitar el ingreso en la masa de la cosa vendida, lo que implica no reconocer, en definitiva, validez a la operación de venta. Pero como la aplicación a rajatabla de esta idea llevaría a unas consecuencias injustas para el fiduciario acreedor, que quedaría sin garantía alguna, se le reconoce a éste un *ius retinendi* mientras no se le abone su crédito y un derecho de preferencia para el cobro frente a los restantes acreedores, asimilándole, cuando sea posible, y precisamente porque tiene la posesión de la cosa, al acreedor pignoraticio a efectos del artículo 1.922-2 del Código civil (25).

Sin embargo, en nuestro caso, tratándose de un negocio perfectamente lícito, el Tribunal Supremo le da peor trato que al negocio fiduciario, reduciéndolo a la «nada jurídica», y, en consecuencia, desatendiendo la finalidad de garantía buscada por las partes.

Y es que —y éste es el segundo razonamiento— el Tribunal podía haber hablado de una prenda de créditos. En este sentido hay que recordar la reiteradísima Jurisprudencia de la misma Sala, según la cual la naturaleza de los contratos no depende de la denominación que les den las partes, sino de lo que se derive de su clausulado. E incluso se puede considerar como correcta la afirmación del Tribunal Supremo de que no se puede pignorar el dinero. Pero puesto que lo que se puede pignorar no es el dinero depositado, sino el crédito contra el depositario, el Tribunal Supremo podía —y creemos que debía— haber continuado su argumentación señalando que lo que había realmente en el supuesto estudiado era una prenda de créditos, lo que habría dejado salvaguardada la finalidad de garantía lícitamente buscada por las partes.

ALBERTO MANZANARES SECADES
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil

(25) *Vid.*, en este sentido, *Problemas que suscita la «venta en garantía» en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*, de RICARDO DE ANGEL, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1973, y *El negocio jurídico*, de FEDERICO DE CASTRO, pp. 432 y ss.