

Principales consideraciones sobre el depósito en garantía (ley 474 del Fuero Nuevo)

Main issues about the deposit in guarantee (law 474 Fuero Nuevo)

por

LEYRE ELIZARI URTASUN

Doctora en Derecho. Abogada

Profesora Asociada Derecho Civil UPNA

RESUMEN: el presente trabajo sintetiza las principales cuestiones en torno a la ley 474 del Fuero Nuevo, que bajo la denominación «depósito en garantía», contempla la entrega de dinero o bienes fungibles, al acreedor o a un tercero, con finalidad de garantía. Además de establecer cuáles son los elementos que lo definen, y que permiten diferenciarlo de figuras muy próximas como la prenda de créditos, resulta fundamental distinguir entre el depósito en garantía en manos del acreedor y en manos de tercero, pues se concluye que ostentan diferente naturaleza. Ello tiene importantes consecuencias, principalmente en cuanto a la defensa del acreedor garantizado frente a otros acreedores del deudor, así como en caso de concurso del depositario en garantía.

ABSTRACT: *this paper summarises the main issues about law 474 of the Fuero Nuevo, which under the name «deposit in guarantee», regulates the delivery of money or fungible goods, to the creditor or to a third party, as a guarantee. Besides establishing which are the elements that define it, and distinguish it from very similar figures such as the pledge on credits, it is fundamental*

to differentiate between the deposit in a creditor's hands and the deposit in a third party's hands, because their nature is different. This has important consequences, primarily in defence of the guaranteed creditor as opposed to other debtor's creditors, and in the case of bankruptcy of the depository in guarantee.

PALABRAS CLAVE: Garantía. Dinero. Prenda irregular. Depósito. Garantía real. Fiducia en garantía. Prenda de créditos.

KEY WORDS: Security. Money. Irregular pledge. Deposit. Collateral. Fiducia cum creditore. Pledge on credits.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA (LEY 474 FN) Y SU REFLEJO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES—III. EL DEPÓSITO EN GARANTÍA COMO GARANTÍA REAL.—IV. EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREDITADOR (LEY 474.I FN): 1. COINCIDENCIA ENTRE DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREDITADOR Y PREnda IRREGULAR. 2. DISTINCIÓN ENTRE DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREDITADOR Y PREnda DE CRÉDITOS. 3. DISTINCIÓN CON LA FIDUCIA EN GARANTÍA. 4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREDITADOR (LEY 474.I FN): *A) Fuentes, caracteres y régimen aplicable. B) Elementos del depósito en garantía: sujetos y objeto. C) Obligaciones derivadas del contrato. D) Depósito en garantía en manos del acreedor y terceros acreedores. E) Extinción del depósito en garantía.*—V. EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DE TERCERO (LEY 474.II FN): 1. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES. 2. PRINCIPALES CUESTIONES DE RÉGIMEN JURÍDICO: *A) Particularidades en cuanto a sus elementos: el depositario en garantía. B) La obligación de entrega del depositario en garantía. C) Vicisitudes del depósito en garantía en manos de tercero.*—VI. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 474 DE LA COMPILACIÓN.—VII. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La utilización del dinero (u otros bienes fungibles, aunque con menor frecuencia) como objeto de garantía es una práctica negocial innegable, que fue prevista por algunos Códigos Civiles modernos, entre ellos la Compilación navarra, mientras que otros la han incorporado en sus recientes reformas del Derecho de garantías¹. El Código Civil no contiene una figura equivalente al depósito en garantía de la ley 474 del Fuero Nuevo, pero otras normas sectoriales sí prevén la entrega de dinero con finalidad de garantía de una obliga-

ción². Hay que tener presente, además, que en virtud de la trasposición de la Directiva 2002/47 del Parlamento Europeo y del Consejo, en todos los Estados miembros de la Unión Europea se prevé una garantía financiera cuyo objeto es dinero, depositado en cuenta³. Ante estas circunstancias, puede afirmarse que el legislador navarro se adelantó al Derecho común. Pero, además, es peculiaridad de la norma navarra el haber previsto, en una misma disposición, tanto la entrega de dinero al acreedor como a un tercero, lo que lo diferencia del resto de países del entorno que regulan la prenda irregular o caución dineraria, y hace surgir la incertidumbre sobre la naturaleza del depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN).

El desconocimiento de la ley 474 de la Compilación por los operadores jurídicos y las dudas doctrinales sobre su naturaleza, a las que contribuye la falta de distinción entre el primer y el segundo párrafo de la citada ley, no favorecen, desde luego, su utilización práctica. En consecuencia, ante situaciones en las que concurren las circunstancias para celebrar un depósito en garantía, o bien no se toma como referencia la citada ley, o, lo que es más grave, las partes acuden a otro tipo de garantías importadas del Derecho común, principalmente prendas sobre créditos nacidos de depósitos bancarios. El presente trabajo pretende analizar o esclarecer las principales cuestiones que plantea el depósito en garantía, desde el punto de vista de su utilización práctica⁴.

II. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA (LEY 474 FN) Y SU REFLEJO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

El depósito en garantía es una figura moderna que no procede del Derecho histórico navarro⁵, sino que apareció por primera vez en la ley 486 de la Recopilación Privada, con una redacción prácticamente idéntica a la actual, por lo que hay que partir del atento examen de la ley 474 del Fuero Nuevo para hallar los elementos que definen la existencia de un depósito en garantía.

Lo primero que llama la atención es que, a pesar de su denominación, el depósito en garantía no está situado en sede de contratos de custodia (Libro III, Título XII), sino de garantías reales, a las que la Compilación dedica el Título VII del Libro III. La finalidad del negocio, asimismo, está recogida en el comienzo mismo de la ley, estableciéndose 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...»*.

En una primera aproximación, puede entenderse por garantía en sentido muy amplio, todo aquel mecanismo que tienda a proteger al acreedor, como la responsabilidad patrimonial del deudor (art. 1911 del Código Civil). Sin embargo, en un sentido más restringido, se consideran garantías todos aquellos medios dirigidos

a reforzar la posición ordinaria del acreedor, otorgándole una seguridad mayor a la que le brinda dicha responsabilidad patrimonial universal, de la que gozan todos los acreedores, lo cual se consigue bien afectando un nuevo patrimonio al poder de agresión del acreedor (garantías personales), bien vinculando una cosa concreta y determinada a la satisfacción de la obligación principal (garantías reales) (AMORÓS GUARDIOLA, 1972, 567-569; FERRANDIS VILELLA, 1960, 50). De forma todavía más restrictiva, LACRUZ (1981, 723) apunta a que existen remedios para reforzar la posición del acreedor, algunos de los cuales van dirigidos a remover los obstáculos que pueden surgir para la realización del derecho subjetivo, o a facilitarla, pero obteniéndose esta con medios intrínsecos al derecho subjetivo inicial del acreedor (ejemplo de este tipo de mecanismos son la acción revocatoria o la solidaridad). En cambio, continua el autor, 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.

La ley 474 hace alusión expresa a la finalidad de garantía, y su funcionamiento corrobora que, tanto en su primer como en su segundo párrafo, el depósito en garantía logra efectivamente reforzar la seguridad del acreedor⁶. Cuando el depositario en garantía es el acreedor (ley 474.I FN), con la entrega del dinero este adquiere un derecho subjetivo, el derecho de propiedad sobre las cosas entregadas, diferente a su derecho subjetivo inicial, que le permite satisfacer su crédito: solo deberá restituir el *tantundem* si el deudor de la obligación principal cumple, pues en caso contrario, podrá compensar el valor del dinero o los bienes entregados con el importe de la obligación incumplida (*«...con obligación de restituir las al depositante, si procediere...»*). Por su parte, en el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN), el acreedor ve reforzada su posición respecto a los acreedores ordinarios pues el dinero o los bienes han pasado al patrimonio de un tercero, más fiable y solvente que el deudor original, al que el acreedor podrá reclamar el *tantundem* en caso de incumplimiento de la obligación principal, constituyendo por ello también un contrato de garantía.

Se aprecia, por otro lado, que el depósito en garantía ostenta carácter accesorio respecto a la obligación principal, lo cual es propio de las garantías, pues el cumplimiento o no de aquella (así como otro tipo de vicisitudes que le pudieran afectar) es lo que determina si el acreedor-depositario en garantía ha de restituir o no al depositante, o a quién se ha de restituir, en caso de que el dinero se hubiera entregado a un depositario en garantía distinto del acreedor (*«...quedará obligado a entregarlo al acreedor o a restituirlo al depositante, según corresponda conforme a lo pactado»*).

Además de su función asegurativa, de la propia disposición se desprende que el depósito en garantía transmite la propiedad de los bienes entregados al

depositario en garantía, y que su objeto está constituido siempre por dinero o bienes fungibles⁷. El segundo párrafo de la ley, no obstante, no hace referencia expresa a la adquisición de la propiedad por parte del depositario en garantía, pudiendo plantearse, de su lectura aislada, que este tercero en realidad no adquiera la propiedad de los bienes recibidos⁸. Ello requeriría que el depositario recibiera los bienes fungibles de forma individualizada, pero la ley en estudio en ningún momento alude a un proceso de especificación de los bienes⁹. Además, el Fuero Nuevo alude al depósito en garantía como una figura unitaria, única (en la ley 463 FN, en el título del Capítulo III, en el propio ladrillo de la ley 474), que presenta una variante en cuanto al sujeto que puede ser el depositario (el acreedor o un tercero), no como dos figuras, una con efecto traslativo de la propiedad y la otra carente de él. Este tratamiento unitario explica que el segundo párrafo de la norma se limite a describir la diferente obligación de entrega que asume en este caso el depositario en garantía, sin reiteración del resto de elementos que conforman dicho depósito. El origen común de ambos párrafos, y el hecho de que comparten casi todos sus elementos (objeto, causa de garantía, accesoriedad, etc.) apoyan que el depósito en garantía produzca efecto traslativo de la propiedad también cuando se constituye en poder de un tercero.

Como último elemento deducible de la disposición legal, el depósito en garantía constituye un contrato real, que requiere la entrega de su objeto para que nazca la garantía. Esta entrega física, no obstante, podría sustituirse por otras formas ficticias de *traditio*¹⁰. Especialmente frecuente es que en los contratos de obra se pacte que el dueño de la obra retenga un porcentaje de los pagos parciales o de las certificaciones de obra acordadas con el constructor, en garantía de la correcta finalización de los trabajos. En este caso, la entrega física del dinero por parte del deudor al acreedor se ve sustituida por la retención del mismo por parte de este, pero ello no obsta a la constitución de un depósito en garantía en manos del acreedor, encuadrable en el ámbito de la ley 474.I del Fuero Nuevo¹¹.

De lo ya expuesto se deduce que el depósito en garantía no constituye una modalidad de contrato de depósito. Aun así, conviene abordar la cuestión, al menos brevemente, habida cuenta de que algunos autores han identificado un depósito en la figura que se examina¹², y de que es visible la gran proximidad del depósito en garantía con algunos negocios, como el analizado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de diciembre de 2008 (AC 2009, 878), a la que se aludirá en breve, y con otros que en Italia y Portugal se consideran como «depósitos con función de garantía»¹³.

En efecto, el depósito en garantía (ley 474 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 transmisible de la propiedad. Sin embargo, en el Fuero Nuevo para que exista un depósito irregular es necesario que el depositante haya concedido al depositario facultades de disposición (ley 554 FN),

mientras que en el depósito en garantía no resulta necesaria tal concesión, siendo suficiente la entrega del dinero o bienes fungibles. Pero, sobre todo, depósito irregular y depósito en garantía desempeñan una función económico-social muy distinta. En el primero, el depositante pretende que otra persona realice por él la guarda del dinero o bienes fungibles entregados¹⁴. 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-acrededor es garantizar que cumplirá la obligación principal que le vincula con él. En ningún caso se pretende, cuando se constituye un depósito en garantía, que el depositario-acrededor guarde el dinero del deudor para que este lo tenga más seguro y a su disposición en cualquier momento¹⁵.

La diferente finalidad de ambos negocios hace aflorar otras diferencias entre depósito en garantía y depósito irregular. El primero se celebra en interés del depositario en garantía, mientras que el depósito irregular se celebra siempre en interés del depositante (OZCÁRIZ MARCO, 1997, 115). La obligación de restitución del dinero o bienes fungibles también 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 interés¹⁶. Por el contrario, en el depósito en garantía en manos del acreedor la obligación de restitución del depositario es meramente eventual pues está supeditada al cumplimiento de la obligación principal. Cuando el depositario en garantía sea un tercero, su obligación de restitución es cierta pero con sujeto alternativamente determinado, en función del cumplimiento o no de la obligación que se asegura. Por último, el momento de la restitución en el depósito en garantía vendrá determinado por el vencimiento (y cumplimiento) de la obligación principal, o por su extinción por otra causa con anterioridad a su vencimiento, nunca por conveniencia del deudor-depositante. Como se aprecia, el depósito en garantía en manos del acreedor se caracteriza por su accesoriiedad respecto a la obligación principal, que supone que el devenir de esta afecte a la subsistencia de la garantía, accesoriiedad inexistente en un depósito irregular.

Por todo lo anterior, el depósito en garantía no puede considerarse un contrato de depósito, ni produce por tanto los efectos propios de tal contrato.

Analizada la configuración del depósito en garantía, lo cierto es que los tribunales navarros se han referido expresamente a la ley 474 únicamente en dos supuestos. En el primero de ellos, la Audiencia Provincial de Navarra, en su Auto de 7 de mayo de 1999 (AC 1999, 1073), se pronunció sobre la petición de embargo de lo que califica como depósito en garantía, en un incidente dentro de la quiebra del deudor. La mercantil Riberco S.L. había constituido una imposición a plazo fijo en el Banco Central Hispano, el 29 de marzo de 1996, que fue pignorada en póliza intervenida por corredor de comercio en

esa misma fecha a favor del mismo Banco. La mercantil entró en quiebra aproximadamente un año después y 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. Sin entrar todavía en la naturaleza o efectos de este negocio (se abordará al examinar la distinción entre depósito en garantía y prenda de créditos), el contrato puede calificarse como depósito en garantía, tal y como entendió la Audiencia Provincial, pues responde a una finalidad aseguradora de una obligación principal, se entrega al acreedor una cantidad de dinero (en este caso instrumentalizada como imposición a plazo fijo), y el plazo de restitución del depósito queda vinculado al vencimiento de la obligación principal.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de diciembre de 2008 (AC 2009, 878) entendió existente un depósito en garantía, en un supuesto en el que el constituyente no era el deudor sino un tercero. En el caso enjuiciado por esta sentencia, la mercantil Saizar S.A.L. había resultado beneficiaria de una ayuda del Gobierno de Navarra, concedida en forma de anticipo reintegrable, al amparo de la Ley Foral 3/2000 de 22 de junio, de ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis en Navarra. El abono de parte de este anticipo, en concreto la suma de 240.404,84 euros, se realizó en una cuenta de la 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 que dicha cantidad debía destinarse exclusivamente a la línea de descuento y anticipo de facturas concedidas por Caja de Ahorros de Navarra a Saizar S.A.L., y se preveía que el anticipo se declarara vencido si la mercantil solicitaba la suspensión de pagos o quiebra, cosa que efectivamente ocurrió. En ese momento el Gobierno de Navarra dictó resolución declarando vencido el anticipo y solicitando el reintegro de los depósitos establecidos para garantizar las líneas de descuento ante lo cual 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 operaciones que no eran ni la relativa a la línea de descuento ni a la del anticipo de facturas, por lo que el Gobierno de Navarra presentó demanda contra la Caja de Ahorros reclamando la restitución del total del anticipo.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por falta de legitimación pasiva de la Caja de Ahorros, entendiendo que no existía relación jurídica alguna entre el Gobierno de Navarra y la citada Caja. Por ello 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). 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 sabía 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. Una vez acreditado el consentimiento de la Caja, la sentencia plantea la existencia de un depósito en garantía establecido para asegurar una obligación de la deudora Saizar S.A.L. con su acreedora, Caja de Ahorros de Navarra, siendo el constituyente de la garantía un tercero, el Gobierno de Navarra¹⁷, calificación que plantea algunas cuestiones.

En primer lugar, se trataría en todo caso de un depósito en garantía de origen legal (lo cual es admitido por la ley 465 FN), 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, por lo que no surge del acuerdo de voluntades entre constituyente y acreedor (aun así, la Caja conocía efectivamente sus términos, como acertadamente razona la Audiencia Provincial). 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 a este supuesto, no existía 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 iba a 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. Si estuviéramos ante un depósito en garantía, las causas de extinción de dicho depósito debieran estar relacionadas con la extinción de la deuda garantizada.

En esa línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 23 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 5543) descarta, primeramente, que la relación entre Caja de Ahorros de Navarra y el Gobierno de Navarra fuera un contrato de depósito en garantía¹⁸, y 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 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, el supuesto no es calificable como un depósito en garantía (ley 474 del Fuero Nuevo).

III. EL DEPÓSITO EN GARANTÍA COMO GARANTÍA REAL

En el punto anterior se ha considerado que tanto el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) como en manos de tercero (ley 474.II FN) constituyen contratos de garantía. Sin embargo, se observa que en caso de incumplimiento de la obligación principal, el acreedor no queda protegido de idéntica forma, pues mientras en el primer caso puede imputar directamente el valor del dinero recibido a la satisfacción de la obligación principal, en el segundo debe reclamar al tercero que le entregue el *tantundem*. Esta diferencia siembra la duda sobre si en realidad la ley 474 contiene una única figura de garantía, o si se trata más bien de dos figuras de distinta naturaleza, y para esclarecerlo debe analizarse con mayor atención la inclusión de la ley 474 entre las garantías reales del Título VII, Libro III de la Compilación.

La ley 463, bajo el ladillo «garantías» establece, con carácter general, que el cumplimiento de una obligación o los efectos de su incumplimiento, pueden 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*». La mayoría de los autores critica esta disposición por la alusión a la fianza y otras formas de garantía personal (GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, 2002, 29; SABATER BAYLE, 2006, 401-402)¹⁹, y algunos añaden que la enumeración de hasta once figuras de garantía, algunas de las cuales constituyen derechos reales de garantía y otros no, produce desconcierto y dificultades a la hora de analizar la naturaleza de cada una de ellas y de establecer su régimen jurídico (EGUSQUIZA BALMASEDA, 2000, 4189. SABATER BAYLE, 2006,

401). Puede compartirse, efectivamente, la primera de estas críticas. Sin embargo, frente a las dudas sobre el contenido del Título, SANCHO REBULLIDA (1974, 78-79) entendió 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». Se reconoce así que la 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, de forma que afectan un bien concreto al cumplimiento de una obligación, pero no confieren al acreedor un derecho de preferencia o un derecho de realización sobre el bien (OZCÁRIZ MARCO, 2002, 1558-1559; SABATER BAYLE, 2006, 400-401). Estas figuras 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 posee esa eficacia (la fiducia en garantía, por ejemplo), y las que utilizan la posesión (como el derecho de retención) se sirven de este derecho real limitado (FERRANDIS VILELLA, 60-62). El Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su Sentencia de 26 de octubre de 1999 (RJ 1999, 9743) 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.

Si se tiene en cuenta la anterior noción de garantía real, se constata que el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN), afecta efectivamente un bien concreto, en este caso dinero o bienes fungibles, al cumplimiento de una obligación, consiguiendo su efecto real gracias a la transmisión del derecho de propiedad al acreedor. Durante la fase de seguridad del depósito en garantía, el dinero ha sido transferido al patrimonio del acreedor-depositario en garantía, por lo que no puede ser atacado por otros eventuales acreedores del deudor. Y producido el incumplimiento de la obligación principal, el depositario en garantía simplemente destina el valor del dinero entregado a la satisfacción de la obligación principal, con exclusión del resto de acreedores. El depositario en garantía goza de exclusividad sobre el dinero o los bienes fungibles, sin necesidad de que le sea reconocido un privilegio (CRUZ MORENO, 1955, 255). Tanto el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 7 de mayo de 1999 como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de diciembre de 2008, han afirmado que el depósito en garantía, previsto en la ley 474 de la Compilación, constituye una garantía real, válida y perfectamente admisible en el ordenamiento navarro²⁰.

Mayores dudas suscita, en cambio, la cuestión de si el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) también constituye una garantía real²¹. Obsérvese que cuando se entrega el dinero a un tercero, depositario en garantía, este adquiere su propiedad, pasa a integrarse en su patrimonio. Si un acreedor, en este caso del depositario en garantía, solicita el embargo del dinero o las cosas fungibles entregadas a este, el acreedor no dispone de ningún mecanismo para impedirlo pues la tercería de mejor derecho (art. 614 LEC) prospera solo cuando existe preferencia legalmente reconocida, y tampoco puede ejercitarse una tercería de dominio pues no es propietario. Por otro lado, en caso de insolvencia del depositario en garantía, el acreedor no goza de ningún privilegio, ostentando únicamente un derecho de crédito ordinario frente a aquél. 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. DÍAZ-BRITO (2003, 3695) considera forzoso por ello excluir el carácter de garantía real del depósito en garantía con intervención de tercero.

En este sentido, MARTÍNEZ ROMANO y FUZETA DA PONTE (2006, 57) han denominado 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, por lo que en nada acrecientan la garantía general del acreedor²². El depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) podría considerarse asimismo como una garantía aparente, si se tiene en cuenta que no produce efectos frente a terceros. Sin embargo, es importante adoptar el punto de vista del acreedor. Cuando se celebra un depósito en garantía en manos de tercero, lo que adquiere el acreedor es un derecho de crédito, supeditado al incumplimiento de la obligación principal. En caso de producirse el citado incumplimiento, este derecho de crédito le permitirá dirigirse contra el patrimonio de un sujeto distinto al de su deudor original. Desde esa perspectiva, el depósito en garantía en manos de tercero sí le confiere al acreedor una mayor seguridad para el cobro de su crédito, acrecentando la responsabilidad patrimonial del deudor, pues podrá reclamar la entrega del *tantundem* a un sujeto distinto a su deudor inicial. Aunque no exista una garantía real, sí constituye un contrato de garantía.

En esa línea, DÍAZ BRITO (2003, 3695-3699) 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»²³. 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 del Código Civil) y, por ello, el depósito en garantía en manos de tercero produce el efecto característico de las garantías personales²⁴.

La diferente naturaleza del depósito en garantía en manos del acreedor y del depósito en garantía en manos de tercero justifica que se analicen como dos figuras independientes, aunque comparten buena parte de sus elementos.

IV. EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREDOR (LEY 474.I FN)

1. COINCIDENCIA ENTRE DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREDOR Y PREnda IRREGULAR

Si se tienen en cuenta los elementos definidores del depósito en garantía en manos del acreedor, expuestos anteriormente, se concluye que coinciden con los que se atribuyen a la figura conocida habitualmente como prenda irregular²⁵, por lo que, tal y como han puesto de manifiesto buena parte de los autores que se han ocupado de su análisis, la ley 474.I de la Compilación supone la admisión de la prenda irregular en el Derecho navarro (OZCÁRIZ MARCO, 2002, 1595-1596; SABATER BAYLE, 2006, 408; PARDINAS SANZ, 2002, 136-137; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, 67; MORAIS ANTUNES, 2007, 62-63). Igualmente, la Audiencia Provincial de Navarra en su Sentencia de 4 de diciembre de 2008 identifica expresamente el depósito en garantía con la figura de la prenda irregular y destaca su causa de garantía²⁶.

Ahora bien, se ha de tener presente que la naturaleza de la prenda irregular es altamente controvertida, incluso en aquellos ordenamientos que la regulan expresamente, y a menudo se ha explicado mediante su identificación con otras figuras, como la prenda ordinaria, la prenda de créditos o la fiducia en garantía. Desde luego, el depósito en garantía en manos del acreedor (o prenda irregular, según la terminología de otros ordenamientos), no puede considerarse una modalidad de prenda ordinaria, pues aunque tenga la misma finalidad garantizadora, no presenta la estructura propia de los derechos reales de garantía: transmite la propiedad en lugar de la posesión sobre el objeto, no otorga al acreedor el *ius distrahendi* y tampoco le confiere un derecho de preferencia para el cobro²⁷. Tampoco puede identificarse en el depósito en garantía una prenda de créditos, ni una fiducia en garantía, como se constatará a continuación, debiendo concluirse que no coincide con ninguna otra forma de garantía real tipificada

por el Fuero Nuevo y que por tanto tiene sustantividad propia en el seno del Derecho navarro²⁸.

Partiendo de esta consideración como garantía real autónoma, han de afrontarse dos de las cuestiones más delicadas en cuanto al depósito en garantía en manos del acreedor, que son la determinación de la causa de transmisión de la propiedad al acreedor y la naturaleza de su mecanismo satisfactivo.

La ley 474 del Fuero Nuevo en su párrafo primero alude expresamente al efecto traslativo de la propiedad del depósito en garantía²⁹, inclinándose así por presumir que siempre que se entregue dinero o bienes fungibles para garantía de una obligación se adquirirá su propiedad por el depositario en garantía. 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.

Respecto a la causa concreta que justifica la transmisión de la propiedad al acreedor, se considera la causa de garantía como la única apta para explicar la transmisión de la propiedad que produce el depósito en garantía en manos del acreedor (o prenda irregular). 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 supeditada al cumplimiento de la obligación principal (JORDANO FRAGA, 1990, 311). 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 vencimiento³⁰.

La otra gran cuestión que suscita el depósito en garantía en manos del acreedor o prenda irregular es la de ofrecer una explicación satisfactoria que explique su mecanismo satisfactivo, pues fallan los requisitos propios de la compensación. Algunos autores han considerado por ello que en realidad se trata de una imputación, una compensación legal o bien de una compensación convencional³¹. La jurisprudencia italiana ha excluido, en efecto, 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 2015³²).

Lo cierto es que todas las teorías sobre el mecanismo satisfactivo de la prenda irregular acaban por desembocar 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 (1996, 265-267). El depósito en garantía en manos del acreedor por ello supone adelantar la satisfacción coactiva para el acreedor (VITTORIA, 1990, 2-3; GATTI, 2000, 6).

Aunque el término «compensación» no sea técnicamente correcto, porque no se dan los requisitos necesarios de este modo de extinción de las obligaciones, lo cierto es que, en su sentido coloquial o amplio, la expresión «compensación» describe exactamente la operación contable en la que se traduce, en última instancia, la realización del depósito en garantía³³.

2. DISTINCIÓN ENTRE DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREDOR Y PREnda DE CRÉDITOS

El Fuero Nuevo no regula expresamente la prenda de créditos, pero esta ha de considerarse admisible en el ordenamiento navarro como contrato atípico, al amparo del principio de libertad civil (ley 7 FN), aplicándosele su régimen propio³⁴.

En el Derecho común se ha identificado prenda irregular y prenda de créditos, a raíz de la problemática surgida en torno a la pignoración de depósitos bancarios a partir de los años 80 del siglo pasado. En tales supuestos se afirma mayoritariamente que, cuando se entrega dinero en garantía al acreedor, este adquiere su propiedad y deja de formar parte del patrimonio del deudor. Por consiguiente, lo único que puede afectar este en garantía es el crédito a la restitución surgido de la previa entrega, por lo que la figura reviste la forma de una prenda sobre un crédito³⁵. No obstante, hubo autores que admitieron que la entrega de dinero en garantía podía revestir también la forma de prenda irregular, ofreciendo una serie de criterios distintivos entre esta y la prenda de créditos, que pueden extrapolarse al ámbito no bancario y resultan de utilidad. 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* (JORDANO FRAGA, 1990, 317; TAPIA HERMIDA, 1996, 875-877)³⁶. Además, se señala como otros criterios distintivos el hecho de que 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 (CRUZ MORENO, 1995, 202; GATTI, 2000, 8. VITTORIA, 1990, 5-6). 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.

En el caso navarro, para dilucidar si el depósito en garantía en manos del acreedor puede ser reconducido a una prenda de créditos 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 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 Fueno 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.

Se cumplen, además, las características que distinguen la prenda irregular de la prenda de créditos. 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 alternativamente³⁷.

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 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.).

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 coincide 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 «simplificado» 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 cedido³⁸.

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 en la entidad acreedora, 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. Precisamente en el supuesto enjuiciado en el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 7 de mayo de 1999 el deudor procedió a depositar en garantía una suma de dinero, en forma de imposición a plazo fijo, en el mismo banco acreedor, con el mismo vencimiento que la obligación principal, y simultáneamente a la constitución de la garantía, calificando el tribunal el negocio como depósito en garantía y no como prenda de créditos³⁹.

3. DISTINCIÓN CON LA FIDUCIA EN GARANTÍA

Dentro del sistema de garantías de la Compilación, tanto la fiducia en garantía (ley 466 FN) como el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) constituyen garantías reales típicas, que emplean el derecho de propiedad para alcanzar su función económico-social de reforzar la seguridad de cobro del acreedor y por tanto la causa de garantía justifica la atribución de la propiedad al acreedor, y que la obligación de restitución de este sea meramente eventual⁴⁰. Sin embargo, a pesar de las coincidencias entre ambas, tras un análisis más exhaustivo surgen diferencias importantes⁴¹.

En primer lugar, si se atiende al derecho que adquiere el fiduciario se observa que no coincide con el que adquiere el depositario en garantía (OZCÁRIZ MARCO, 2002, 1596; SABATER BAYLE, 2006, 408; CRUZ MORENO, 1996, 143-145; DALMARTELLO, 1950, 328-329). En efecto, una vez recibido el dinero o los bienes fungibles, este ostenta sobre los mismos una propiedad plena, que le permite usarlos y disponer de los mismos como considere oportuno. El acreedor-fiduciario, en cambio, ostenta sobre el objeto de la fiducia una propiedad formal, que no es plena, pues no puede disponer sobre el mismo, y además responde ante el constituyente de la garantía con arreglo a lo establecido para el acreedor pignoraticio (ley 466 FN) (RUBIO TORRANO, 2002, 29; OZCÁRIZ MARCO, 2002, 1567-1568; SABATER BAYLE, 2006, 406)⁴². Se descubre así otra diferencia, pues mientras el fiduciario debe restituir el bien específico recibido en garantía, el depositario en garantía no debe restituir lo mismo sino una cantidad igual a los bienes recibidos (DORAL GARCÍA, 2002, 933).

En segundo lugar, una fundamental diferencia entre fiducia en garantía y depósito en garantía reside, en el ámbito del Fuero Nuevo, en el desenvolvimiento de ambas garantías en caso de incumplimiento del deudor. En tal sentido, ha sido advertido que en la fiducia en garantía existe un riesgo de abuso en perjuicio del constituyente, derivado de la posibilidad de incluir un

pacto comisorio, que faculta al fiduciario para apropiarse de un bien de valor superior al de la deuda garantizada. En el depósito en garantía, en cambio, el depositario no puede apropiarse del exceso y el citado riesgo es inexistente (OZCÁRIZ MARCO, 2002, 1596; SABATER BAYLE, 2006, 408). La posibilidad de apropiarse de la cantidad total entregada, aunque fuese superior al valor de la obligación garantizada, 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, en tal caso 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. 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 (CRUZ MORENO, 1995, 145; JORDANO FRAGA, 1990, 315; REALMONTE, 1985, 649; ANELLI, 1996, 268; RAMOS ALVES, 2010, 215). En el sistema navarro de garantías reales, solo cuando la Compilación expresamente lo permite es válida la inclusión de un pacto comisorio en una figura de garantía⁴³, y no es el caso de la ley 474.

Pero la obligación del depositario en garantía de restituir el exceso entre el valor de lo entregado y el importe del incumplimiento no es lo único que separa el depósito en garantía de la fiducia en garantía, en lo que a la realización de ambas se refiere. En la fiducia en garantía, la consolidación de la propiedad en el acreedor fiduciario tras el incumplimiento del deudor no es automática sino que requiere, en primer lugar, del pacto en tal sentido⁴⁴, y en segundo lugar, que el deudor incurra en mora (ley 466 FN). Aunque la Compilación no establece expresamente la forma en la que el deudor se constituye en mora, por analogía con la prenda (ley 469 FN) y la venta a carta de gracia con función de garantía (ley 477 FN), parece necesario el requerimiento de pago al deudor fiduciante, además, de la concesión de un plazo tras el requerimiento de pago, pues supone una medida que pretende proteger al deudor-fiduciante, de acuerdo con RUBIO TORRANO (2002, 1603). El depósito en garantía en cambio no requiere pacto expreso para que el acreedor consolide la propiedad tras el incumplimiento del deudor (prueba de que se produce una transmisión plena desde el inicio y no una propiedad fiduciaria), ni la ley 474 del Fueno 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.

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 nota-

bles, no puede afirmarse una coincidencia entre ellos, de forma que no puede considerarse el depósito en garantía como una modalidad de aquella.

4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREDOR (LEY 474.I FN)

A) *Fuentes, caracteres y régimen aplicable*

Como toda garantía real, el depósito en garantía tiene carácter accesorio respecto a otra obligación principal (leyes 463 FN y 474 FN). Puede constituirse mediante un contrato, supuesto más habitual y que centrará la atención en los puntos siguientes, pero también por estipulación⁴⁵, disposición *mortis causa* o en virtud de una ley (ley 465 FN). Cuando el depósito en garantía tenga origen legal, será la propia disposición la que establezca el régimen aplicable y el margen otorgado a la libertad de pacto de las partes⁴⁶.

Cuando 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 (ley 18 FN), que logra su oponibilidad frente a terceros mediante el traspaso de la propiedad del dinero o bienes fungibles, con su entrega, con lo que la constancia por escrito será, en su caso, únicamente un medio de prueba de la efectiva constitución de la garantía, y de su fecha⁴⁷. El carácter real del contrato se desprende del propio tenor literal de la ley 474.I del Fuero (SABATER BAYLE, 2006, 408). En principio, se señala que el contrato es unilateral, pues surge una única obligación a cargo del depositario en garantía: la de restituir el dinero o bienes fungibles en caso de cumplimiento del deudor-depositante (CRUZ MORENO, 1995, 171). No obstante, hay que plantear la posibilidad de que el depositante en garantía perciba una remuneración, en cuyo caso el contrato se considerará bilateral.

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 restringido, en primer lugar, por los límites comunes al principio *paramiento fuero vienze* (ley 7 FN)⁴⁸, y por la propia estructura del depósito en garantía, que está perfectamente definida por la ley 474 del Fuero Nuevo⁴⁹. 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 acudirse a las notas comunes a las

garantías reales, que poco más aportan al régimen del depósito en garantía. Subsidiariamente, en aquellos aspectos no previstos por las partes, 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 cuestiones⁵⁰.

Por último, podría plantearse el carácter civil o mercantil del depósito en garantía, pero lo cierto es que, desde una perspectiva exclusivamente práctica, hay que tener presente que el Código de Comercio no contiene una regulación general de las garantías reales⁵¹, y aunque se pudiera plantear la mercantilidad de una figura de garantía, le resultarían aplicables las disposiciones civiles, contenidas en el Fuero Nuevo, en el Código Civil, o en otras leyes especiales, por lo que resulta indiferente la calificación de un depósito en garantía como civil o mercantil.

Sí se ha de tener presente, sin embargo, 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, pues cuando se cumplan los requisitos para la aplicación de su régimen especial, las garantías financieras quedarán sujetas a su propia norma y no al Fuero Nuevo⁵².

B) Elementos del depósito en garantía: sujetos y objeto

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 otro⁵³ y, por otro lado, el acreedor-depositario en garantía.

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 (SABATER BAYLE, 2006, 405).

Un problema particular y de relevancia práctica es la posibilidad de constituir un depósito en garantía en manos del acreedor cuando este es una entidad bancaria. 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, tal y como entendió el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 7 de mayo de 1999.

En cuanto al objeto del depósito en garantía, este requiere, por un lado, de la existencia de una obligación principal, para cuya seguridad se constituye precisamente. 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 lo que no existen restricciones en cuanto a las posibles obligaciones a garantizar. En primer lugar, puede garantizarse el cumplimiento de obligaciones pecuniarias (por ejemplo, el pago del precio por el vendedor, el 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 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 (GUILARTE ZAPATERO, 1990, 471). El hecho de que la obligación principal sea no dineraria tendrá repercusión en la fase de realización de la garantía pues el incumplimiento habrá de cuantificarse económica mente.

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 ómnibus⁵⁴.

Por otro lado, el objeto del depósito en garantía para el Fuero Nuevo lo constituyen el dinero u otros bienes fungibles, siendo el primero especialmente idóneo para constituir el objeto del depósito en garantía. El artículo 1851 del *Codice Civile* italiano circunscribe el objeto de la prenda irregular además de a dinero, a mercaderías y créditos incorporados a un título-valor, habiéndose 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 (DALMARTELLO, 1965, 805; VITTORIA, 1990, 1; RAMOS ALVES, 2010, 193-194). 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.

Además de tener carácter naturalmente fungible, los bienes han de entregarse sin individualizar o especificar (CRUZ MORENO, 1995, 207; DALMARTELLO, 1965, 799).

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 de la garantía. Frecuentemente el negocio que conlleva el traspaso de la propiedad es un depósito bancario y el acreedor garantizado es, por tanto, un banco. Parte de nuestra doctrina admitió esta posibilidad, entendiendo que se produce una novación del depósito bancario, cuya causa de custodia se transforma en una causa de garantía. Esta novación explica la alteración del deber de restitución derivado del original depósito (a requerimiento del depositante) en un deber

de restitución eventual y ligado al cumplimiento de la obligación principal (JORDANO FRAGA, 1990, 316-318; CRUZ MORENO, 1996, 211)⁵⁵. DALMARTELLO (1965, 799-800) puntualiza, no obstante, que si las partes entregan sin más el crédito derivado del previo negocio restitutorio, existe una prenda de créditos, a la que le resulta aplicable su régimen propio, por lo que para que surja una prenda irregular es precisa la conversión del precedente negocio de depósito irregular en prenda irregular.

De acuerdo con esta acertada puntuación, 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. 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 tácita⁵⁶.

C) Obligaciones derivadas del contrato

Del depósito en garantía deriva una obligación fundamental para el depositario en garantía, que es la de restituir el *tantundem* al depositante 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. Por un lado, aunque no sea muy frecuente, cuando el depósito en garantía se constituye en manos del acreedor, puede pactarse 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 (CRUZ MORENO, 1995, 253-254). En defecto de dicho pacto, los posibles frutos que produzca la cosa le pertenecen enteramente al depositario en garantía (DALMARTELLO, 1965, 806; RUBINO, 1956, 218-219).

Por otro lado, puede surgir en algunos casos una obligación de liquidación, cuando se garantice el cumplimiento de una obligación de hacer o de dar (como por ejemplo, la obligación de realizar una obra o de mantener el piso arrendado en perfecto estado) en los que puede ser necesario proceder a la cuantificación económica de la prestación incumplida⁵⁷. Las partes pueden haber establecido en el contrato mecanismos de liquidación, o la obligación de acudir a medios de resolución extrajudicial de conflictos, como la mediación o el arbitraje. En defecto de estos pactos, en caso de desacuerdo sobre la existencia misma de

incumplimiento o sobre su alcance, las partes se verán obligadas a acudir a un procedimiento judicial, lo que puede retrasar el mecanismo compensatorio propio del depósito en garantía hasta que exista sentencia judicial firme, lo que resta atractivo al depósito en garantía, que precisamente se escoge por su ejecución rápida y sin costes. Aun así, incluso en este caso, la ejecución de la sentencia condenatoria no sería necesaria, ya que el depósito en garantía se compensaría con el importe de los daños a los que haya sido condenado el deudor⁵⁸.

Por último, el momento de la valoración de los bienes fungibles entregados en garantía ha de ser el del vencimiento de la obligación principal⁵⁹.

D) Depósito en garantía en manos del acreedor y terceros acreedores

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.

Para determinar cómo afecta la existencia de otros acreedores al depósito en garantía es conveniente tener en cuenta el momento en el que se encuentre este. 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 (JORDANO FRAGA, 1990, 324; CRUZ MORENO, 1995, 255-256)⁶⁰. Lo único embargable por estos acreedores es el eventual crédito restitutorio del depositante en garantía frente al depositario, pues es lo único que forma parte del patrimonio de aquel.

Una vez vencida 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 (JORDANO FRAGA, 1990, 324; CRUZ MORENO, 1995, 255-256). 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).

Por su parte, los acreedores del acreedor-depositario en garantía, podrían embargar el dinero o bienes fungibles recibidos por este, pues forman parte de su patrimonio. 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.

Es de capital importancia también conocer cómo afecta al depósito en garantía la declaración en concurso, tanto del depositante en garantía como del depositario en garantía.

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 (JORDANO FRAGA, 1990, 324; CRUZ MORENO, 1995, 255-256). Si se replica que el depositario en garantía no tiene preferencia porque no se le reconoce ningún privilegio especial (art. 90 LC) 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 Concursal⁶¹. 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. Así que los acreedores del depositante en garantía deben 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*, derecho de crédito que se integraría en la masa activa del concurso⁶².

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, y 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.

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. 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.

E) 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.), incluyendo lógicamente el supuesto más emblemático, 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.

Además, el depósito en garantía, como contrato autónomo, puede extinguirse por circunstancias que le afecten propiamente, ajena a la obligación principal, no presentando particularidades en cuanto a las formas comunes de extinción de las obligaciones.

V. EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DE TERCERO (LEY 474.II FN)

1. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

La figura del depósito en garantía en manos de tercero no ha sido abordada por los Tribunales navarros, y, como se indicó al inicio, la doctrina no ha distinguido habitualmente entre depósito en garantía en manos del acreedor y depósito en garantía en manos de tercero, a excepción de OZCÁRIZ MARCO (2002, pp. 1595-1596), que califica la figura del segundo párrafo como secuestro convencional irregular, apuntando así ya la diferente naturaleza de la figura del primer y segundo párrafo de la ley 474.

La intención del legislador navarro, influenciado probablemente por la jurisprudencia italiana⁶³ fue la de recoger en este segundo párrafo la prenda irregular en manos de tercero, como una simple variante de la prenda irregular o depósito en garantía en manos del acreedor, figura que ha sido admitida por parte de la doctrina (RUBINO, 1956, 219; GATTI, 2000, 8-10; CRUZ MORENO, 1995, 198)⁶⁴. Sin embargo, cuando el dinero se entrega a un tercero fallan los presupuestos de la prenda irregular. El acreedor no adquiere la propiedad del dinero, por lo que en caso de incumplimiento de la obligación principal no tiene nada con lo que compensar, sino que debe reclamar al depositario la entrega del *tantundem*, lo cual dista mucho del mecanismo satisfactivo propio de la prenda irregular. El acreedor tampoco goza de la exclusividad que otorga la prenda

irregular en manos del acreedor, su crédito frente al depositario no es privilegiado ni ostenta defensa especial alguna ante el incumplimiento o insolvencia del depositario. Para que se den los elementos propios de una prenda irregular se precisa pues que el receptor del dinero sea el acreedor, no un tercero, como ponen de manifiesto DALMARTELLO, (1965, 804), GRISI (1999, 537-539), RAMOS ALVES (2010, 252), JORDANO FRAGA, (1990, 313-314) o FÍNEZ RATÓN (1994, 53).

El depósito en garantía en manos de tercero, en realidad, no afecta el dinero entregado al tercero a la satisfacción de la obligación garantizada, pues pasa a formar parte del patrimonio de aquel y es susceptible de embargo por otros eventuales acreedores. Ante el incumplimiento del deudor, el acreedor podrá reclamar el *tantundem* al depositario en garantía, pero sin gozar de privilegio alguno. Se excluye, por tanto, que constituya una garantía real, lo que descarta que su naturaleza pueda ser también la de una prenda de créditos o una fiducia en garantía en manos de tercero.

A pesar de ello, el segundo párrafo de la ley 474 de la Compilación ofrece una regulación para una situación que ocurre con cierta frecuencia, consistente en que para garantía de una obligación, el deudor coloca en manos de un tercero una cantidad de dinero para que este a su vez la entregue al acreedor en caso de que incumpla la obligación garantizada o se la restituya, en caso de cumplimiento. Aunque no produce la afectación de la cantidad a la satisfacción de la obligación principal frente a terceros, lo cierto es que brinda al acreedor la posibilidad de dirigirse contra el patrimonio de un sujeto distinto a su deudor original, pues en caso de que el depositario en garantía incumpla su obligación de entregarle el *tantundem*, aquel podrá exigirle el cumplimiento de dicha obligación de acuerdo con el régimen ordinario de incumplimiento de las obligaciones. Se concluyó por ello que el depósito en garantía en manos de tercero produce el efecto propio de las garantías personales.

El depósito en garantía en poder de tercero de la ley 474.II de la Compilación resulta muy próximo a la figura del depósito a favor de sujeto alternativamente determinado, que en Italia o Portugal se ha calificado como un contrato de depósito que desempeña función de garantía⁶⁵, o también a la figura anglosajona del *escrow*⁶⁶. En nuestro país, la doctrina ha prestado escasa atención a estos supuestos y el Tribunal Supremo no los ha calificado de forma unánime⁶⁷. El análisis de estas figuras y su comparación con el depósito en garantía en manos de tercero exceden del presente trabajo. No obstante, en la determinación de cuándo un negocio concreto constituye un depósito en garantía se han de tener muy presentes los elementos definidores del mismo. Resulta primordial no perder de vista que su finalidad, también cuando el dinero o bienes fungibles se colocan en poder de un tercero, es la garantía de la obligación principal, no asegurar la integridad de la cosa objeto de dicha obligación, situación que el Fuero Nuevo contempla en la ley 548.1.a), que prevé de forma muy amplia el secuestro convencional⁶⁸.

2. PRINCIPALES CUESTIONES DE RÉGIMEN JURÍDICO

Como fue adelantado al analizar los elementos del depósito en garantía, ambos párrafos de la ley 474 comparten buena parte de sus elementos, incluyendo su carácter accesorio y su causa de garantía, por lo que ahora se hará referencia exclusivamente a las especialidades que presenta el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN).

En cuanto al régimen que le resulta aplicable, se regirá por lo establecido en la ley 474.II de la Compilación y por lo pactado entre las partes. Al no existir una auténtica garantía real no puede plantearse la aplicación de las normas comunes sobre las garantías reales⁶⁹ y, 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 532-538 FN), pero también el contrato de mandato (leyes 555-562 FN).

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 su carácter retribuido pues la condición de depositario la asumirá comúnmente un profesional⁷⁰. 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).

Ha de prestarse cierta atención a los sujetos que han de intervenir en la celebración del contrato. La ley 474.II 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 depositario⁷¹. El depositario en garantía, por su parte, también ha de aceptar obligarse a recibir el dinero o bienes fungibles entregados en garantía, y a restituirllos alternativamente al depositante en garantía o al acreedor.

A) Particularidades en cuanto a sus elementos: el depositario en garantía

Probablemente en la previsión de que el dinero o bienes fungibles pudiera ser entregado a un tercero 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 garantía⁷².

Además de que estos u otros profesionales actúen como depositarios en garantía, hay que hacer mención a la posibilidad de que dicha cualidad la ostente una entidad bancaria. Esto podría parecer natural puesto que los bancos encarnan el prototipo de depositario solvente a quien confiar una suma de dinero, pero 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 constituirse 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 tipo⁷³.

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.

B) La obligación de entrega del depositario en garantía

El depositario en garantía adquiere una obligación de entregar el *tantundem* a un sujeto alternativamente determinado, según el cumplimiento o no de la obligación principal. Será conveniente entonces establecer en el contrato la forma en que ha de acreditarse al depositario el cumplimiento de dicha obligación, 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 también 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, 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 restitución⁷⁴.

C) 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 intervenientes 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 diversas situaciones.

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*⁷⁵:

- Si el acreedor reclama al depositario en garantía, este a su vez puede cumplir o no con su obligación. En caso afirmativo, la obligación principal se extinguirá en la medida en que su valor sea cubierto por el valor de lo entregado en garantía y el depósito en garantía quedará extinguido⁷⁶. En cambio, si el depositario en garantía no entrega el *tantundem* al acreedor, este podrá reclamarle judicialmente su entrega.
- 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.

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)⁷⁷.

Ante el concurso del depositario en garantía, si se produjera 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, como un crédito ordinario y no privilegiado.

VI. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 474 DE LA COMPILACIÓN

Saber cuándo un depósito en garantía se rige por el Derecho Civil navarro y no por el Derecho común no tendría mayor trascendencia si en este se reconocieran los efectos propios de la prenda irregular. Sin embargo, en algunas ocasiones a la entrega de dinero en garantía al acreedor se le ha negado carácter real (JORDANO FRAGA, 1990, 309; GUILARTE ZAPATERO, 1990, 508), o se ha reconducido a la prenda de créditos, con la consecuencia de resultarle aplicable su régimen propio (que exige notificación al deudor cedido y otorgamiento de escritura pública, mientras que el depósito en garantía exige únicamente la entrega). Así pues, se ha de determinar cuándo resulta aplicable el Derecho navarro, de acuerdo con las normas que resuelven los conflictos de Derecho interregionales.

Cuando el depósito en garantía se haya celebrado entre personas físicas, y teniendo en cuenta la constitución mediante contrato, por ser la opción más habitual, se habrán de tener en cuenta los criterios de determinación de la ley aplicable recogidos en el artículo 10.5 del Código Civil (de aplicación por remisión del art. 16.1 del Código Civil), así que en defecto de sumisión expresa al Derecho navarro, se aplicará este si ambos contratantes ostentan la vecindad civil navarra; subsidiariamente si ambos tienen su residencia habitual en Navarra y en su defecto, cuando sea el lugar de celebración del contrato. Si el depósito en garantía se celebra en manos de tercero, los criterios de la vecindad civil o la residencia habitual comunes han de entenderse referidos a todos los intervenientes (depositante en garantía, depositario en garantía y acreedor).

Cuando uno o varios de los contratantes fueran personas jurídicas, aparece un problema en orden a la determinación de su vecindad civil, pues el Código Civil no contempla dicha cuestión. El Fuero Nuevo, en cambio, establece en su ley 15 que la condición foral navarra de las personas jurídicas se determina por su domicilio, aunque el acomodo de esta norma con el artículo 149.1.8 CE ha sido puesto en entredicho por parte de la doctrina (RUBIO TORRANO, 2002, 49), mientras que otros autores no se plantean el conflicto competencial en torno

a dicha ley (DE PABLO CONTRERAS, 1990, p. 310; DURÁN RIVACOBA, 1993, pp. 80-82)⁷⁸.

El domicilio se determina, para algunos autores, de acuerdo con lo que disponga la norma reguladora del tipo de persona jurídica y, en su defecto, con arreglo a los criterios del artículo 41 del Código Civil (DE PABLO CONTRERAS, 1990, 310-312; DURÁN RIVACOBA, 1993, 80-81), aunque RUBIO TORRANO (2002, 49) propone complementar el criterio del domicilio con la exigencia de que la persona jurídica se haya constituido conforme a las normas jurídicas de la Comunidad Foral, que ostenta competencia exclusiva sobre asociaciones (art. 44.19 LORAFNA) y fundaciones (art. 44.20 LORAFNA)⁷⁹.

Por tanto, cuando una o varios de los intervenientes en el depósito en garantía sea una persona jurídica, a falta de sometimiento expreso al Fuero Nuevo (art. 10.5 del Código Civil), se aplicará el mismo cuando todos ellos ostenten vecindad civil navarra, por tener allí su domicilio⁸⁰. En defecto de los criterios anteriores, se aplicará el Fuero Nuevo cuando el contrato se hubiera celebrado en Navarra.

El panorama expuesto es inseguro en lo que se refiere a las personas jurídicas y, sin embargo, frecuentemente serán parte en el depósito en garantía. Es de resaltar que en los dos únicos supuestos en los que se ha estimado judicialmente la existencia de un depósito en garantía, todos los contratantes eran personas jurídicas⁸¹, no habiéndose planteado expresamente en ninguna de las resoluciones problemas en cuanto a la aplicabilidad de la Compilación, en lo que con toda probabilidad influye el hecho de que el depósito en garantía sea atípico en el Derecho común⁸².

VII. CONCLUSIONES

I. La ley 474 del Fuero Nuevo es la única norma en nuestro país que recoge, con carácter general, la garantía sobre dinero o bienes fungibles, lo que la hace interesante desde el punto de vista de su posible extensión al ámbito del Derecho común. Además, presenta la peculiaridad, frente a los ordenamientos de nuestro entorno que prevén la prenda irregular, de contemplar la entrega de dinero o bienes fungibles no solo al acreedor (primer párrafo de la ley) sino también a un tercero (segundo párrafo).

II. El depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN), conocido en otros ordenamientos como prenda irregular, es una figura de garantía real a tener en cuenta en el conjunto del tráfico jurídico, gracias a su ejecución rápida y sin costes. Supone un mecanismo sencillo, consistente en que el deudor entrega una cantidad de dinero o bienes fungibles a su acreedor, para garantía de una obligación, adquiriendo este su propiedad. Ante el incumplimiento de la obligación principal, dicho acreedor podrá imputar el valor de lo recibido

a la satisfacción de la obligación principal, debiendo restituir el exceso, si lo hubiere, al deudor, por lo que no conculca la prohibición del pacto comisorio. En este sentido, el depósito en garantía adelanta la satisfacción coactiva para el acreedor, que no necesita acudir a un procedimiento judicial, ni extrajudicial, para realizar el objeto de la garantía. Además, al transmitir la propiedad sobre el dinero o bienes fungibles al acreedor, la garantía tampoco se ve afectada por el posible concurso del deudor.

III. Es importante, a efectos de su mayor utilización práctica, la diferenciación entre el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) y la prenda de créditos (art. 90.1.6.^o LC), sobre todo cuando el acreedor garantizado es una entidad bancaria. Si el dinero hubiera sido entregado previamente al propio banco acreedor por otro título, frecuentemente un depósito irregular, es cierto que el deudor afectará en garantía el crédito a la restitución nacido del depósito irregular, pues es el único activo que se encuentra en su patrimonio. Sin embargo, cuando el dinero es depositado simultáneamente a la constitución de la garantía, con el mismo plazo de vencimiento que la obligación garantizada y sin posibilidad del deudor de recuperar la suma hasta dicho vencimiento, la garantía reviste la forma de depósito en garantía, no de prenda de créditos, tal y como entendió el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 7 de mayo de 1999. La consecuencia es la aplicación del régimen del depósito en garantía (ley 474 FN), que no exige formalidad alguna para su constitución (aunque sea conveniente su celebración por escrito), ni notificación al deudor cedido, y el reconocimiento al acreedor de exclusividad para cobrarse sobre el valor del dinero o bienes fungibles entregados en garantía, con exclusión de cualquier otro acreedor del depositante en garantía.

IV. Aunque en el depósito en garantía en manos del acreedor exista una transmisión de la propiedad con causa de garantía, en el ordenamiento navarro la fiducia *cum creditore* es una figura típica (ley 466 FN) que presenta diferencias respecto al depósito en garantía, principalmente en lo que se refiere a la realización de ambas, pues mientras en la fiducia es posible añadir un pacto comisorio y es necesario que el deudor incurra en mora, en el depósito en garantía no.

Ha de concluirse, pues, que el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) constituye, en el ordenamiento navarro, una garantía real con sustantividad propia.

III. Por su parte, el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) no consigue la afectación del dinero entregado a la satisfacción de la obligación principal, pues el dinero pasa a formar parte del patrimonio del depositario en garantía, pudiendo este disponer del mismo o ser embargado por otros acreedores del depositario en garantía, sin que el acreedor tenga ningún medio especial para impedirlo o para hacer valer su derecho de crédito en caso de insolvencia del depositario.

No obstante, aunque no constituya una garantía real, lo cierto es que para el acreedor produce el mismo efecto que las garantías personales, pues el acreedor insatisfecho podrá dirigirse contra el patrimonio del depositario en garantía, además de contra el patrimonio de su deudor original, efecto que no debe ser despreciado en absoluto. El depositario en garantía será elegido de común acuerdo por acreedor y deudor, en atención a su solvencia y rectitud, por lo que aquel obtendrá mayor seguridad de ver satisfecho el crédito asegurado, al tiempo que este se asegura la restitución del *tantundem* en caso de cumplimiento de la obligación principal, lo que la hace atractiva para ambas partes.

INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 24 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5836).
- STS de 13 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5121).
- STS (Sala Segunda) de 24 de octubre de 2012.
- STS de 20 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1994).
- STS de 10 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 1821).
- STS de 20 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004, 8130).
- STS de 22 de diciembre de 2003 (*RJ* 2004, 421).
- STS de 25 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 5080).
- STS de 13 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999, 9046).
- STS de 7 de octubre de 1997 (*RJ* 1997, 7101).
- STS de 19 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3429).
- STSJ Navarra de 26 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 9743).
- STSJ de Navarra de 3 de marzo de 1994 (*RJ* 1994, 2115).
- STSJ de Navarra de 22 de enero de 1994 (*RJ* 1994, 578).
- SAP Navarra de 22 de noviembre de 2013 (*JUR* 2014, 174062).
- SAP Navarra de 19 de diciembre de 2011 (*JUR* 2013, 318037).
- SAP Navarra de 30 de noviembre de 2011 (*JUR* 2013, 318628).
- SAP Navarra de 4 de diciembre de 2008 (*AC* 2009, 878).
- AAP Navarra de 7 de mayo de 1999 (*AC* 1999, 1073).

BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972). La garantía patrimonial y sus formas. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 561-592.
- ANELLI, F. (1996). *L'Alienazione in funzione di garanzia*. Milano: Dott. A. Giuffrè.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (1992). La fiducia de garantía en Navarra. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 14, 163-176, disponible en www.navarra.es/home_es/Navarra/Derecho+navarra/Revista+Jurídica+de+navarra/Sumarios/sumario14.htm

- CARRASCO PERERA, A. (2008). *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2.^a ed. Cizur Menor: Thomson Civitas.
- (2015). La prenda de créditos. En: A. Carrasco, E. Cordero, M.J. Marín, *Tratado de los derechos de garantía*. Tomo II, 3.^a edición. Cizur Menor: Aranzadi (223-294).
- CROCQ, P. (1995). *Propriété et garantie*. Paris: LGDJ.
- CRUZ MORENO, M. (1995). *La prenda irregular*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- DALMARTELLO, A. (1950). Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto). *Rivista Banca, Borsa, Titoli di credito*, I, 315-347.
- (1965). Pegno irregolare. En: *Novissimo Digesto Italiano*, V. XII, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, (798-807).
- DE PABLO CONTRERAS, P. (1990). *Curso de Derecho Civil Navarro, Tomo I. Introducción. Parte general*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A.
- DE SIMONE, M. (1956). *Los negocios irregulares*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Derecho Foral de Navarra. Derecho Privado (Recopilación Privada)* (1971). Pamplona: Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana.
- DÍAZ BRITO, F. J. (2003). Prenda irregular con intervención de tercero: ¿garantía real? En: A. Cabanillas (dir.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid: Civitas (3685-3698).
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil Vol. I*, 12.^a edición, Madrid: Tecnos.
- DORAL GARCÍA, J. A. (2002). Comentarios a las leyes 463-474 FN. En: M. Albaladejo (dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXVIII, Vol. 1. Madrid: Ed. de Derecho Reunidas (864-942).
- DURÁN RIVACOBA, R. (1993). Comentario a las leyes 11-16 FN. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXV, Vol. 2. Madrid: Ed. de Derecho Reunidas (1-103).
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. (2000). El Derecho Patrimonial del Fuero Nuevo de Navarra. En: R. Bercovitz y J. Martínez-Simancas, *Derechos Civiles de España*, vol. 7. Madrid: Aranzadi (4145-4236).
- FERRANDIS VILELLA, J. (1960). Introducción al estudio de los derechos reales de garantía. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 13, núm. 1, 37-62, disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1960_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL
- FÍNEZ RATÓN, J.M. (1994). *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios: la prenda de créditos*. Barcelona: J. M. Bosch.
- GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, J. (1932). El depósito irregular y su aplicación en el Derecho mercantil (historia y derecho comparado). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, números 86, 87, 88, 89, 90, 91 y 92.
- GATTI, S. (2000) Pegno irregolare e fallimento del debitore. *Rivista del Diritto Commerciale*, fascicolo 3-6, disponible en <http://www.piccin.it/giorgio/rdc/EstrattoWeb.pdf>.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L. (2002). Garantías reales en Navarra. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 33.2, 25-38, disponible en www.navarra.es/home_es/Navarra/Derecho+navarra/Revista+Jurídica+de+navarra/Sumarios/sumario33b.htm
- GRISI, G. (1999). *Il deposito in funzione di garanzia*. Parma: Dott. A. Giuffrè Editore.

- GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Artículos 1857 a 1873 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXIII. Madrid: Ed. de Derecho Reunidas (440-567).
- HUALDE MANSO, M. T. (2014). Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, 127-170.
- JORDANO FRAGA, F. (1990). Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, núm. 1, 305-327, disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1990-10030500327_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Sentencias_comentadas:_Prenda_regular,_prenda_irregular_y_prenda_de_cr%E9ditos
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1981). La causa en los contratos de garantía. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 544, 709-756.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (1991) *Elementos de Derecho Civil III*. 2, 2.^a edición. Madrid: Dykinson.
- LARA GONZÁLEZ, R. (2012) Depósito en garantía (un ejemplo normativo desde el Fuen-
ro Nuevo de Navarra). *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 125, 153-168.
- MOLLE, G. (1981). I contratti bancari. En: A. Cicu, F. Messineo (dir.), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Volumen XXXV T. 1, 4.^a edición. Milano: Giuffrè Editore.
- MORAIS ANTUNES, J. T. (2007). *Do contrato de depósito escrow*. Coimbra: Almedina.
- OZCÁRIZ MARCO, F. (1997). *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)*. Barcelona: Jose María Bosch.
- (2002). Comentario a las leyes 463-474 FN. En: E. Rubio (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi (1557-1598).
- (2002). Comentario a las leyes 546-555 FN. En: E. Rubio (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi (1858 a 1884).
- PARDINAS SANZ, J.R. (2002). Comentario a la ley 546-554 FN. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*, Tomo XXXVIII, Vol. 2. Madrid: ed. de Derecho Reunidas (191-206).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 4.^a edición. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- PESTANA DE VASCONCELOS, L. M. (2011). Notas sobre o penhor irregular. En: *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Lisboa: Universidade Católica Editora (365-379).
- RAMOS ALVES, H. (2010). *Do penhor*. Coimbra: Almedina.
- REALMONTE, F. (1985) Il pegno. En: P. Rescigno (dir.), *Trattato di Diritto Privato, 19 Tutela dei diritti*, Tomo 1. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese (pp. 629-672).
- ROMANO MARTÍNEZ, P., FUZETA DA PONTE, P. (2006). *Garantias de cumplimiento*, 5.^a edição, Coimbra: Libraria Almedina.
- RUBINO, D. (1956). Il pegno. En: F. Vassalli (dir.), *Trattato di Diritto Civile italiano* (2.^a ed). Vol. XIV, tomo primo. Torino: Unione tipografico-editrice torinese.
- RUBIO TORRANO, E. (1986). La venta a carta de gracia en el Derecho navarro. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 2, julio-diciembre, 13-30, disponible en file:///C:/Users/Administrador/Downloads/RJ_02_1_1.pdf
- (2002). Comentario a las leyes 1-10 FN. En: E. Rubio (dir.) *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi (27-44).

- (2002). Comentario a las leyes 475-480 FN. En: E. Rubio (dir.) *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi (pp. 1598-1607).
- SABATER BAYLE, E. (2006). Las garantías reales en el Derecho civil navarro. En: M. E. Lauroba (coord.) *Garantías reales mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons (399-414).
- SANCHO REBULLIDA, F. A. (1974). El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 27, núm. 1, 65-90, disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1974-10006500090_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_El_sistema_de_los_derechos_reales_en_el_Fuero_Nuevo_de_Navarra
- SIMONETTO, E. (1958). *Los contratos de crédito*. Barcelona: J.M.^a Bosch Editor.
- TAPIA HERMIDA, A. J. (1996). Pignoración de saldos de depósitos bancarios. En: C. Ubaldo (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. Madrid: Editorial Civitas (851-918).
- VAQUER ALOY, A. (1996). Algunas consideraciones sobre la vecindad civil de las personas jurídica. *Revista de Derecho Privado*, septiembre, 615-634.
- VIÑAS MEY, J. (1925). La prenda irregular. *Revista de Derecho Privado*, 342-350.
- VITTORIA, D. (1990). Pegno irregolare. En: *Enciclopedia Giuridica*, V. XXII, Roma: Istituto Della Enciclopedia Italiana.

NOTAS

¹ Entre los primeros se encuentran: el Código italiano de 1942, que regula la prenda irregular en su artículo 1851; la caución en dinero del Código portugués de 1966 (arts. 623 y 666.2); o la prenda sobre dinero del Código holandés de 1992 (art. 3:255). Entre los que la han introducido recientemente están el Código Civil francés (art. 2341) y el Código Civil belga (art. 59, de acuerdo con la Ley de 11 de julio de 2013, de modificación del Código Civil en materia de garantías).

² Señaladamente, la «fianza» del artículo 36 de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. 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 la existencia de impagos anteriores (art. 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). En el sector energético se prevé el «depósito de garantía» en favor del distribuidor de energía eléctrica (art. 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).

³ En nuestro país se contempla en el artículo 7.1.a del Capítulo II, Título I 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.

⁴ Un estudio exhaustivo del depósito en garantía puede consultarse en la tesis doctoral: ELIZARI URTASUN.L. (2015). «*El depósito en garantía (estudio de la ley 474 del Fuero Nuevo)*», disponible en: <http://academica-e.unavarra.es/handle/2454/14788>.

⁵ La nota a la ley 486 de la Recopilación Privada (*Derecho Foral de Navarra. Derecho Privado [Recopilación Privada]*, p. 255) parece sugerir lo contrario, al indicar Fuero General 3,11,1. Sin embargo, la disposición contenida en F.G. 3,11,1 (a la que se puede añadir F.G. 3,11,2) en realidad niega al depositario la facultad de retención posesoria sobre el objeto del contrato de depósito, aunque tuviera un crédito frente al depositante.

Del estudio del proceso de incorporación del depósito en garantía en la Recopilación Privada y de las influencias de los ordenamientos extranjeros se concluye que dicha figura se inspira en el *pegno irregolare* previsto en el artículo 1851 del *Codice Civile* italiano de 1942. La influencia italiana ya había sido apuntada por LARA GONZÁLEZ (2012, p. 158).

⁶ Sobre la causa de garantía de la ley 474 FN véase OZCÁRIZ MARCO, (2002, p. 1596), SABATER BAYLE, (2006, pp. 408-409), DORAL GARCÍA (2002, pp. 932 y 935).

⁷ Para el Fueno Nuevo son cosas fungibles aquellas determinadas por la cantidad del género a que pertenecen (ley 352 FN). 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 se tratan en el tráfico como cosas homogéneas y equivalentes, por lo que son sustituibles entre sí (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2012, p. 401).

⁸ Los autores que se han ocupado del depósito en garantía no han cuestionado, sin embargo, la transmisión de la propiedad al depositario en garantía distinto del acreedor. Véase LARA GONZÁLEZ, (2012), OZCÁRIZ MARCO, (2002, p. 1597), SABATER BAYLE, (2006, pp. 408-409).

⁹ Podría aventurarse que en realidad la disposición pretende que entre el depositante en garantía y el depositario se constituya un depósito ordinario, debiendo este guardar el dinero como si se tratara de un bien específico. Sin embargo, la finalidad de guarda propia de un depósito no explica la accesoriad de del depósito en garantía respecto a la obligación principal, ni que el depositario deba restituir al vencimiento de esta y no a requerimiento del depositante. Además, si el depositario en garantía tuviera que guardar y restituir el mismo dinero recibido, nada diferenciaría la figura de la ley 474.II de la figura de la ley 548.1.a) de la Compilación.

Por otro lado, si se le reconoce auténtica relevancia a la función de garantía al tiempo que se afirma que el depositario no adquiere la propiedad de los bienes, se estaría ante una prenda ordinaria en manos de tercero, asumiendo este una posición similar a la de un depositario. Sin embargo, esta opción se considera también descartable. Además de no existir individualización de los bienes, el primer párrafo de la ley contemplaría, como se detallará más adelante, la figura de la prenda irregular, pues el efecto traslativo de la propiedad está expresamente previsto en él, mientras que el segundo párrafo contemplaría una prenda ordinaria en manos de tercero. La Compilación, sin embargo, no menciona expresamente la prenda ordinaria en manos de tercero, siendo extraña su previsión únicamente para bienes fungibles, y ubicada además en el segundo párrafo de una disposición que se dedica a la prenda irregular.

¹⁰ No debe confundirse con aquellos supuestos en los que las cantidades se han transferido al patrimonio del depositario en garantía previamente y en virtud de otro contrato, como un depósito irregular. Ver 4.B.

¹¹ Es el supuesto resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 22 de noviembre de 2013 (JUR 2014, 174062), en el que el dueño de la obra se negó a restituir las cantidades depositadas en garantía (el contrato precisamente utiliza la denominación de «depósito en garantía») a la finalización de la obra, ante la existencia de defectos. La Audiencia no aplica la ley 474, pero sí justifica la retención del dinero por parte del dueño de la obra, ante la existencia de defectos en la misma.

El Tribunal Supremo trató un caso similar en su Sentencia de 13 de julio de 2011 (RJ 2011, 5121), comparando el supuesto con el de la fianza arrendaticia, y justificando la no devolución de las cantidades en la función del depósito de asegurar el cumplimiento y buena ejecución de los trabajos, y su utilización para reparar dichos defectos.

¹² LARA GONZÁLEZ (2012, p. 159) apunta que aunque la guarda constituya el fin esencial del depósito, ello no excluye que el depósito cumpla una finalidad «ulterior o accesoria» de garantía, siempre que la guarda subsista como finalidad principal. EGUSQUIZA BALMASEDA (2000, p. 4189) menciona suavemente que «*dentro de las relaciones contractuales, utilizadas como medio de garantía, se ha recogido al depósito con esa finalidad*». Recientemente, HUALDE MANSO (2014, pp. 151-152) parece adherirse a la consideración del depósito en garantía como contrato de depósito.

¹³ Sobre estos, véase GRISI (1999).

¹⁴ En el Fuero Nuevo el depósito irregular constituye un contrato de custodia, los cuales se caracterizan por tener como finalidad primordial la guarda, de acuerdo con OZCÁRIZ MARCO (2002, pp. 1858-1859).

En el Derecho común, sobre la causa de guarda del depósito irregular, véase GARRIGUES Y DÍAZ-CANABATE, (1932, p. 569).

¹⁵ 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. Así, OZCÁRIZ MARCO (2002, pp. 1595-1596) y SABATER BAYLE (2006, p. 408).

¹⁶ Por la remisión de la ley 554 FN a ciertas leyes relativas al mutuo, resulta aplicable al depósito irregular la ley 534, lo que para OZCÁRIZ MARCO (2002, p. 1885) supone que si se ha convenido un plazo en el depósito irregular el depositante no puede solicitar la restitución antes del transcurso de dicho plazo, aunque ello resulta contrario a la configuración habitual del depósito irregular. En nuestra opinión, si se interpreta estrictamente el tenor literal de la ley 534 de la Compilación, cuando en el depósito irregular no se ha establecido plazo, el depositante podrá solicitar la restitución en cualquier momento, pues la citada ley lo que prevé es un préstamo «a la vista». En cuanto a los depósitos irregulares en los que se hubiera convenido un plazo, en realidad la ley 534 no contempla dicho supuesto, por lo que resultaría de aplicación la ley 548 de la Compilación, aplicable al depósito irregular en cuanto contrato de custodia.

¹⁷ Afirma la Sentencia: «(...) 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».

¹⁸ Establece: «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 negocial 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».

¹⁹ Para OZCÁRIZ MARCO (2002, p. 1559) la 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.

²⁰ Se refieren, genéricamente, a la ley 474, pero ambas enjuician un supuesto de depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN). Afirma la primera de ellas: «(...) 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...».

²¹ Al respecto afirmó LACRUZ (1991, p. 428) que «Resulta dudoso si esta segunda figura es verdaderamente un derecho real o solo personal» (las ediciones posteriores eliminaron la referencia al Derecho Civil navarro).

²² Entre las garantías aparentes incluyen el *escrow*, las *comfort letters*, la cláusula *pari passu*, etc. CARRASCO PERERA (2015, p. 294) 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.

²³ Concluye que a pesar de que considera el depósito en garantía en manos de tercero como una figura de garantía personal, su inclusión en el Título dedicado 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 (obviamente 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).

²⁴ 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 garantía en la medida de lo depositado, no en la cantidad a la que ascienda el importe de la obligación principal incumplida (no obstante también en el seguro de caución o incluso en la fianza, el fiador puede obligarse con un límite cuantitativo). 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, no con un activo de su propio patrimonio, como lo haría un fiador.

²⁵ Se caracteriza esta por la adquisición de la propiedad sobre el dinero o las cosas fungibles por el acreedor desde el momento en que se le entregan, asumiendo dicho acreedor la obligación de restituir el *tantundem* si el crédito garantizado es satisfecho a su vencimiento, o imputando el valor del dinero o de las cosas fungibles recibidas a la satisfacción de la obligación principal en caso de incumplimiento del crédito principal. De acuerdo con JORDANO FRAGA (2003, pp. 308-309) y CRUZ MORENO, M. (1995, p. 145).

²⁶ Establece: «*Y dicho tipo de garantía se corresponde con los presupuestos de la «prenda irregular», figura jurídica ésta 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».*

²⁷ A favor de considerar la prenda irregular como modalidad de prenda se han pronunciado: VIÑAS MEY, (1925, p. 342 y sig.), REALMONTE (1985, p. 646), DE SIMONE (1956, pp. 84-86). No obstante, esta posición ha sido mayoritariamente rechazada: JORDANO FRAGA (1990, pp. 308-309), CRUZ MORENO (1995, p. 147), RUBINO (1956, p. 217), CROCQ (1995, pp. 258-259), PESTANA DE VASCONCELOS (2011, p. 367).

²⁸ 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, (1990, p. 1), ANELLI (1996, pp. 265-267). En el Derecho común, CRUZ MORENO (1995, pp. 154-155).

²⁹ Esto 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. Aun así, a efectos meramente dialécticos, en nuestra opinión, la adquisición de la propiedad por el acreedor 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, y pretenden que en caso de incumplimiento del deudor el acreedor depositario en garantía pueda satisfacer su derecho con el valor de lo entregado.

En el ordenamiento italiano es prácticamente unánime la opinión de que la transmisión de la propiedad es consecuencia de la voluntad de las partes y no de la naturaleza de las cosas. Véase DALMARTELLO (1950, p. 330) o ANELLI (1996, pp. 239 y sigs.).

³⁰ En Italia se han sostenido principalmente dos teorías sobre la causa de transmisión de la propiedad. Por un lado, algunos autores sostuvieron que la misma respondía a una *causa solvendi*, de forma que la entrega de dinero para garantía de una obligación constituiría un pago anticipado por parte del deudor, sujeto a la condición resolutoria del cumplimiento de la obligación. DALMARTELLO (1950, pp. 334-338). Esta teoría se encuentra actualmente superada, básicamente porque si la entrega del dinero o bienes fungibles tuviera carácter solutorio, la relación principal quedaría extinguida desde ese mismo momento y no habría nada que garantizar (VITTORIA, 1990, p. 2). Como alternativa a la teoría de la *causa solvendi*, se propuso que la transmisión de la propiedad responde en realidad a una *causa credendi*, según la cual el constituyente de la prenda irregular pretende hacer surgir en el acreedor una obligación de restitución con la cual poder en el futuro compensar su propio débito, tesis prevalente en la jurisprudencia (REALMONTE, 1985, p. 648; SIMONETTO, 1958, pp. 428 y sigs.). Pero esta teoría tampoco está exenta de críticas. Fundamentalmente, no se puede explicar que el efecto compensatorio no se produzca hasta el momento de vencimiento de la obligación principal, a no ser que el crédito a la restitución se entienda condicionado o sujeto a un *pactum de non petendo*, pero la existencia de estos pactos no se justifica ni en la ley ni en la voluntad de las partes, de acuerdo con CRUZ MORENO (1995, p. 191), GATTI (2000, p. 5) o VITTORIA (1990, p. 3). También ha sido tachada de artificiosa pues 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, como resalta ANELLÍ (1996, pp. 253-254).

³¹ Supone un problema, tanto para la teoría de la *causa solvendi* como para la teoría de la *causa credendi*. Respectivamente, a imputación se refiere RUBINO (1956, pp. 218-219), aunque no está claro a qué se refiere con este concepto, ni su distinción de la compensación. Opta por la compensación legal MOLLE (1981, p. 364). Para SIMONETTO (1958, p. 432), se trata de compensación convencional porque actúa subordinada a la realización de ciertas circunstancias indicadas en la convención.

CRUZ MORENO (1995, p. 235) trata de evitar evita el problema de la compensación desde el entendimiento de que el crédito restitutorio nace solo en caso de extinción o no nacimiento definitivo del crédito garantizado. 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 satisfacción de sus intereses. Este desarrollo ha sido compartido parcialmente por RAMOS ALVES (2010, pp. 212-215). A esta posición, no obstante, 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, y acaba enfrentándose al mismo problema de calificar el mecanismo satisfactivo de la prenda irregular como una «compensación ideal del valor» o una «reducción».

³² Previamente, Sentencia de la Corte de Casación de 24 de enero de 1997. Foro Italiano I, pp. 752 y sigs.

³³ La utiliza incluso el legislador, al regular la forma de ejecución de las garantías financieras sobre efectivo o sobre créditos (art. 11.1.2 Real Decreto-ley 5/2005).

³⁴ Así lo han afirmado las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra de 30 de noviembre y 19 de diciembre de 2011 (respectivamente, JUR 2013, 318628 y JUR 2013, 318037). La única cuestión que podría surgir vendría dada por la circunstancia de que la Compilación (ley 468 FN) no exige la constancia de la prenda en escritura pública para su oponibilidad frente a terceros, que sí exige el artículo 1865 del Código Civil. No obstante, en la práctica será conveniente cumplir con dicho requisito, 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. 1922.1.2.^a del Código Civil) 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. En los supuestos enjuiciados por las

SSAP de Navarra citadas en la nota anterior se habían formalizado los contratos mediante póliza, y por ello no se pronuncian sobre el específico requisito de su constancia documental.

³⁵ CARRASCO PERERA (2015, pp. 225-226) afirma, respecto a la posibilidad de afectar en garantía depósitos bancarios, con cita de numerosa doctrina a partir de los años ochenta, que «*no existe diferencia entre prenda irregular y prenda de crédito. Aquella se reconduce a esta*». También es la postura del Tribunal Supremo [SSTS de 19 de abril (RJ 1997, 3429) y 7 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7101), 13 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9046), y posteriores como las de 25 de junio de 2001 (RJ 2001, 5080) o 10 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1821)].

³⁶ CARRASCO PERERA (2015, pp. 225-226) sostiene al respecto 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*

Es correcta la conclusión de CARRASCO de que tiene escasa trascendencia práctica la calificación como prenda de créditos o como prenda irregular. La diferencia más destacable es que la prenda irregular no requiere de formalidad alguna, mientras la prenda de créditos exige para su oponibilidad frente a terceros la constancia en documento público (art. 1865 del Código Civil), 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 menoscipado 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.

³⁷ 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,...*

³⁸ En el supuesto concreto de pignoración de depósitos bancarios el problema último para considerarlo una prenda irregular es la dificultad para los bancos de recibir dinero de sus clientes sin instrumentalizarlo en forma de depósito. El Banco no puede contabilizar el dinero como un fondo propio sujeto a una obligación eventual de restitución. La norma 55 de la Circular 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).

³⁹ 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, 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 el 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, a pesar de lo cual la Audiencia califica el negocio como depósito en garantía, no como prenda de créditos.

⁴⁰ Sobre la fiducia en garantía y su causa véase RUBÍO TORRANO (1986, p. 27), CÁMARA LAPUENTE (1992, p. 173). En la jurisprudencia: SSTSJ de Navarra de 26 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 9743) o 22 de enero de 1994 (*RJ* 1994, 578).

⁴¹ En otros ordenamientos, parte de la doctrina ha considerado que la prenda irregular constituye una transmisión fiduciaria en garantía que recae sobre bienes fungibles. Véase, sin carácter exhaustivo: CROCQ (1995, p. 260), PESTANA DE VASCONCELOS (2011, p. 368), ANELLI (1996, pp. 255 y sigs.).

Pero a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, en Navarra la garantía fiduciaria está expresamente tipificada, por lo que el depósito en garantía se compara con una figura también típica y de contornos bien definidos.

⁴² La jurisprudencia navarra mayoritariamente participa de la tesis de la transmisión fiduciaria o formal. Véase la STSJ de Navarra de 3 de marzo de 1994 (*RJ* 1994, 2115).

⁴³ La Compilación prohíbe el pacto por el que el acreedor se apropie del objeto de la garantía para la prenda (ley 469 FN), pero lo 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). Esta extraña combinación, heredada de la tradición, ha sido criticada por algunos autores como OZCÁRIZ MARCO (2002, p. 1561) o SABATER BAYLE, (2006, p. 404). Otros incluso se han mostrado a favor de la extensión de la prohibición del pacto comisorio a todas las garantías reales, como GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE (2002, p. 32) o DORAL GARCÍA (2002, p. 916).

En nuestra opinión, se ha de tener presente que el legislador navarro admite y tipifica algunas garantías reales que se basan precisamente en la transmisión de la propiedad al acreedor y en ellos no se puede hablar técnicamente de pacto comisorio. 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, principios que pueden considerarse presentes en todas las garantías reales en el Fuero Nuevo. 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. Por su parte, en el supuesto de una prenda en la que se hubiera pactado la venta extrajudicial (ley 469 FN), han de aplicarse los principios expuestos de valoración del bien y obligación del acreedor de restituir el exceso, pues en caso contrario 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 (por más que pueda considerarse criticable).

⁴⁴ En la venta a carta de gracia en función de garantía, considerada como una modalidad de fiducia en garantía, en cambio, no es necesario el pacto sino que el acreedor goza en todos los casos de la facultad de apropiarse definitivamente del bien transmitido en caso de incumplimiento (ley 477 FN).

⁴⁵ De la ley 488.I del Fuero Nuevo se desprende que la estipulación puede identificarse con los contratos unilaterales, aunque algunos de los supuestos incluidos como estipulación no encajan en dicha categoría, por lo que resulta «perturbadora» (EGUSQUIZA BALMASEDA, 2000, pp. 4198-4200).

⁴⁶ Como es el caso de la «fianza» de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que se ha calificado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como un supuesto de prenda irregular (véase STS de 22 de diciembre de 2003 [*RJ* 2004, 421]). Entre los autores, por ejemplo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2001, p. 67).

⁴⁷ Solo deberá cumplirse con una forma determinada 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 habitual plasmar el contrato de depósito en un acta, o al menos por escrito, pudiendo presumirse que las partes han querido esa forma.

⁴⁸ Es especial se ha de tener en cuenta los principios de adecuada valoración del bien y obligación de restitución del exceso, ya mencionados.

⁴⁹ Los contratantes no pueden modificar los elementos esenciales del depósito en garantía sin que el pacto en cuestión salga del ámbito de la ley 474 FN. Por ejemplo, si se entrega dinero o bienes fungibles sin adquisición de la propiedad por el *accipiens* se habrá constituido una prenda regular (ley 468 FN).

⁵⁰ Esta es la solución propuesta para la prenda irregular por CRUZ MORENO (1996, p. 178), RUBINO (1956, p. 217), SIMONETTO (1958, p. 435), REALMONTE (1985, p. 646).

⁵¹ Prevé únicamente el préstamo con garantía de valores (arts. 320 y sigs. 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.

⁵² La aplicación del régimen de las garantías financieras exige el cumplimiento de ciertos requisitos relacionados con los sujetos, el objeto gravado y la obligación garantizada. Se trata de una norma dictada 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. 149.1.6.^a y 13.^a CE), y que 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 1.^a RDL 5/2005).

⁵³ Admite esta posibilidad la SAP de Navarra de 4 de diciembre de 2008.

⁵⁴ 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 (CARRASCO PERERA, 2015, pp. 271-272, con cita de otros autores).

⁵⁵ En contra de la posibilidad de utilizar un depósito bancario previo, TAPIA HERMIDA (1996, pp. 877-878) señala que el efecto traslativo de la propiedad es consecuencia del contrato de depósito, lo que es contrario al concepto mismo de prenda irregular.

⁵⁶ El artículo 1851 del *Codice Civil* 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.

⁵⁷ La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2012 entendió que de la prenda irregular surge para el acreedor una obligación de restituir, cuya cuantía depende del resultado de las operaciones entre aquel y el constituyente, por lo que estas deben ser liquidadas y mientras tanto el acreedor no incurre un delito de apropiación indebida.

⁵⁸ Excepto si los daños son superiores a la cantidad depositada en garantía, en cuyo caso se solicitaría la ejecución por la diferencia.

⁵⁹ Expresamente lo declara el artículo 1851 del *Codice Civil*. Así ocurre en otras garantías, como en la prenda o en la hipoteca.

⁶⁰ 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. De existir acreedores anteriores del depositante en garantía, 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.

⁶¹ Véase, respecto a estos medios CARRASCO PERERA (2008, pp. 355 y sigs.).

⁶² 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.

⁶³ La Sentencia de la Corte de Casación de 28 de marzo de 1956 admitió la prenda irregular en manos de tercero, configurándola como una prenda irregular a la que se vincula un depósito irregular.

⁶⁴ Estos defensores de la prenda irregular en manos de tercero la configuran como una prenda irregular a la que se vincula un depósito irregular, celebrado entre el depositante y el tercero-depositario. En caso de incumplimiento, este deberá entregar el *tantundem* al acreedor, desenvolviéndose entonces el mecanismo propio de la prenda irregular de la misma forma que cuando la entrega se hace desde el principio al acreedor.

⁶⁵ Al respecto, véase GRISI (1999) y MORAIS ANTUNES (2007).

Exactamente se alude aquí al depósito mediante el cual el deudor entrega el objeto de la prestación a un tercero, para que este lo entregue a su vez al acreedor o al propio deudor cuando se verifique el acaecimiento de una condición o un evento relativo a un negocio con el que se vincula la citada entrega. Se trata de una figura no prevista legalmente en ninguno de los dos ordenamientos citados.

⁶⁶ Consiste en 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 (GRISI, 1999, p. 190). En la práctica anglosajona puede revestir diferente naturaleza, considerándose el *escrow holder* bien como un agente, como un *trustee* o incluso como un árbitro.

⁶⁷ En su Sentencia de 20 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004, 8130) enjuició un supuesto que había sido calificado por el juzgador de instancia como depósito, consistente en que el comprador de dos inmuebles había depositado parte del precio en manos del asesor inmobiliario interveniente en la operación, quien debía entregarlos al vendedor, si se cumplía la condición de que las viviendas estuvieran libres de cargas para cierta fecha, o restituirlas al comprador en caso contrario.

Como un contrato de mandato al que se añade instrumentalmente un contrato de depósito calificó el Tribunal Supremo el supuesto de hecho de la Sentencia de 20 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1994). En él, se había convenido que el comprador de unas participaciones de una empresa entregara el precio (mediante pagaré) a un abogado, quien, en función del resultado de una auditoría sobre la empresa, debía entregar el total a la vendedora, o restituir el exceso a la compradora.

Respecto al *escrow*, una reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5836), ha descartado que constituya un depósito, resultándole de aplicación las normas del contrato de mandato, situando su función de forma amplia en el «aseguramiento de la correcta ejecución de la relación negocial proyectada».

⁶⁸ Sobre este particular secuestro convencional, véase OZCÁRIZ MARCO (2002, p. 1871).

⁶⁹ 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 529 FN. La posición del depositario se asemeja más a la del mutuatario, o incluso a la de un mandatario que ha de entregar alternativamente al acreedor o al deudor.

⁷⁰ 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 interveniente tiene su interés propio y desde esa perspectiva el negocio puede calificarse como trilateral.

⁷¹ De forma análoga, en la prenda ordinaria en manos de tercero el contrato ha de celebrarse entre acreedor y deudor (GUILARTE ZAPATERO, 1990, p. 497).

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.

También 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 a un tercero 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.

⁷² El Estatuto General de la Abogacía Española (Real Decreto 658/2001, de 22 de junio) 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.

Respecto a los notarios, estos pueden recibir depósitos y plasmarse en un acta notarial, o realizarse sin acta. En el primer supuesto, cuando se realiza un acta de depósito (arts. 216 y 217 del Reglamento Notarial), aunque lo depositado sea dinero en efectivo, el notario debe custodiarlo (aunque sea depositándolo en una cuenta específica) pues no puede obtener rendimiento de las cantidades depositadas, ni realizar ninguna gestión de dichos fondos. Por ello no coincide con el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN), aunque nada impide que un notario acepte un depósito en garantía, o que esta regulación sea tenida en consideración a la hora de redactarlo.

⁷³ Al menos en la práctica bancaria española actual. Refiriéndose al *escrow*, subrayan MARTÍNEZ ROMANO y FUZETA DA PONTE (2006, pp. 65-66) 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 relativos a la ejecución del contrato principal.

⁷⁴ 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 también 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).

⁷⁵ El deudor ha entregado ya el dinero o los bienes fungibles al depositario, por lo que no tiene sentido que el depósito en garantía tenga el carácter subsidiario propio de la fianza. 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.

⁷⁶ Si la garantía supera el valor de la obligación garantizada, el depositario deberá entregar al acreedor la cantidad íntegra, y este restituir el sobrante al deudor, salvo que se haya pactado que el depositario entregue directamente el excedente al deudor.

⁷⁷ Un punto conflictivo surge en torno a la determinación exacta del 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 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.

Por otro lado, 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.

⁷⁸ VAQUER ALOY (1996, pp. 620-621) afirma efectivamente que Navarra carece de competencia para legislar sobre normas de resolución de conflictos, aunque inmediatamente advierte que la ley 15 de la Compilación no puede ser inconstitucional por causa de extra-limitación competencial, por cuanto el Fuero Nuevo es una ley estatal y no ha sido «*objeto de asunción por el legislador autonómico*».

⁷⁹ La cuestión es compleja. Las propias normas especiales establecen criterios para su aplicación que no coinciden con la vecindad civil. La ley Foral 10/1996 reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio, se aplica a las fundaciones constituidas con arreglo a la ley 44 de la Compilación (art. 1). El artículo 44.19 de la LORAFNA, por su parte, se refiere a las asociaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Navarra. Esto lleva a DURÁN RIVACOBA a afirmar que la condición civil foral de la persona jurídica suele resultar irrelevante. Y puede que lo sea en relación a la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción (art. 9.11 en relación con el art. 16.1 del Código Civil), pero también hay que reparar en la ley aplicable a los contratos que celebre esta persona jurídica, para lo que la vecindad civil actúa como criterio para determinar la ley aplicable.

⁸⁰ En el caso de las personas jurídicas, si la vecindad civil se determina por el domicilio no tiene sentido el tercer punto de conexión del artículo 10.5 del Código Civil, pues la persona jurídica no tendrá una «residencia habitual» diferente al domicilio.

⁸¹ Una sociedad limitada y un banco, en el Auto de la APN de 7 de mayo de 1999; Gobierno de Navarra y Caja de Ahorros de Navarra, además de una Sociedad Anónima Laboral, en el supuesto de la SAP de 4 de diciembre de 2008.

⁸² Desde luego la vecindad civil foral plantea problemas, al menos en el caso del banco Central Hispano. El único criterio claro es el de haberse celebrado ambos contratos en Navarra.

(Trabajo recibido el 29-7-2016 y aceptado para su publicación el 14-11-2016)