

# GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA

Miguel Muñoz Cervera

## I. INTRODUCCIÓN

No precisa de mayores desarrollos la idea de que es difícilmente imaginable el desenvolvimiento económico del tráfico mercantil sin la presencia del crédito. Siendo esto claro, lo que interesa resaltar en estos momentos es que la idea de crédito, y con ella la de crédito bancario, implica necesariamente dos vertientes: una primera, de confianza del acreedor en el deudor, y una segunda, la del riesgo de incumplimiento.

Con relación a la primera vertiente, resulta evidente que, a nuestros efectos, la relación crediticia nace no por voluntad de la ley, sino por la confianza que para el acreedor infunde la voluntad de cumplir que el deudor expresa en el contrato.

Ahora bien, la que verdaderamente nos sitúa en nuestra materia es la segunda vertiente de la relación crediticia: la del riesgo de incumplimiento y, con él, el hecho del incumplimiento mismo. La importancia de este elemento y su influencia en la seguridad y desenvolvimiento del tráfico económico ha determinado la existencia en el ordenamiento español, y aun en cualquier otro, de un complejo sistema de instituciones al servicio del derecho del acreedor (instituciones de garantía, medidas conservativas y medidas ejecutivas).

Siendo nuestro propósito el estudio de las garantías en la contratación bancaria, conviene resaltar que el enorme desarrollo de las mismas viene como consecuencia de la mayor trascendencia económica que en el tráfico mercantil, y con él en el tráfico bancario, tiene el elemento del riesgo de incumplimiento.

Podemos estar de acuerdo en que a nadie le gusta que un amigo no le devuelva a uno el préstamo de dinero que le hizo para sacarlo de un apuro, pero también seguramente lo estaremos en que la situación se complica sustancialmente más si el acreedor impagado lo es por razón de un crédito derivado de su actividad comercial y así hasta llegar a una entidad de crédito. Detengámonos en esta última.

Ciertamente, cuando el impago se produce a una entidad de crédito, el que podemos denominar, no sin cierta imprecisión, «efecto multiplicador» se agudiza. Esto determina la necesidad de dar una respuesta a tres realidades interrelacionadas.

La primera se funda en el hecho de que las entidades de crédito dan a crédito el dinero que previamente recibieron a crédito. Esto determina que sea necesario establecer mecanismos dirigidos a evitar que el riesgo inherente a toda operación activa se traslade y contagie a las operaciones pasivas y, por tanto, a los fondos de los clientes. Esta es la razón que justifica el denominado *coeficiente de solvencia* y que, por tanto, justifica que las entidades de crédito vean detraído un porcentaje de sus recursos propios por el mero hecho de conceder un crédito, de asumir un riesgo.

En este sentido, conviene apuntar un dato importante: es evidente que los recursos a detraer por cada operación de riesgo no deben ser siempre los mismos, sino que el porcentaje a aplicar debe ponderarse en función de la garantía que la operación tenga. En definitiva, es la «calidad objetivada de la garantía» (permítaseme la expresión) la que determina el porcentaje a aplicar. Esto, obviamente, condiciona también el que se opte por un tipo u otro de garantía. Ejemplos de la aplicación de este criterio son los siguientes: se dispone la consideración de operaciones con riesgo nulo (ponderación del 100 por 100) y, por tanto, no computables a aquellas que tengan garantía pignoratícia de valores emitidos (v. gr.) por el Estado. Igual consideración tienen aquellas que están garantizadas con depósitos en efectivo en la entidad de crédito prestamista (véase, sobre esta materia, la Ley 13/1985, de 25 de mayo, en su nueva redacción dada por la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras; esta Ley ha sido desarrollada por el RD 1343/1992, de 6 de noviembre, y éste, a su vez, por la OM de 30 de diciembre de 1992; el citado RD ha sido modificado por el RD 538/1994 y por el RD 2024/1995 de 22 de diciembre) (1).

La segunda realidad justificadora de la trascen-

dencia económica del riesgo a la morosidad para las entidades de crédito actúa una vez que se ha producido el acaecimiento del riesgo, esto es, la mora. A este respecto, nos encontramos cómo la normativa del Banco de España obliga a las entidades de crédito a dotar provisiones para los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones por parte del acreditado (2).

Y la tercera realidad es, a su vez, consecuencia de la importancia de las dos precedentes: la necesidad sentida por las entidades de crédito de conocer los riesgos que un determinado y potencial cliente tiene con otras entidades de crédito. A partir de esa información, y entre otros elementos, la entidad en cuestión tendrá un conocimiento mucho más completo de la solvencia del futuro acreditado.

Para cubrir esta necesidad se constituyó la Central de Información de Riesgos como servicio a prestar por el Banco de España (3). Concretamente, y en virtud del mismo, las entidades de crédito pueden solicitar al Banco de España información acerca de las operaciones activas de una determinada persona física o jurídica con otra u otras entidades, previa autorización del titular del riesgo (4).

A partir de aquí es donde se empieza a comprender el papel que desempeñan las garantías bancarias (5). Esta función no es otra que la de eliminar los perjuicios económicos resultantes tanto del riesgo al impago como, y sobre todo, los resultantes del impago mismo.

Cabría entonces preguntarse en qué se funda la desconfianza de la entidad de crédito que justifica la exigencia de una garantía. Básicamente, se puede contestar diciendo que encuentra su fundamento en la escasa seguridad que para el acreedor supone, en muchos casos, el principio de *responsabilidad patrimonial universal del deudor*. La insuficiencia de dicho principio, consagrado en el artículo 1.911 del Código Civil (6), resulta de que el mismo no hace sino sujetar de un modo genérico el patrimonio del deudor al cumplimiento de sus obligaciones. A partir de esta «simple» sujeción genérica puede ocurrir:

Primero, que durante la vigencia de la obligación se vea disminuido el patrimonio del deudor por actos dispositivos del mismo no necesariamente fraudulentos (7).

Segundo, que se vea afectado por embargos provenientes de deudas y obligaciones distintas de las contraídas con el acreedor.

Tercero, que resulte el patrimonio del deudor repartido entre los acreedores en proporción de los créditos en los supuestos de quiebra o suspensión de pagos (8).

Pues bien, es precisamente el temor a cualquiera de estas tres situaciones el que lleva a las entidades de crédito a «recelar», en muchos casos, del principio de responsabilidad patrimonial universal

del deudor y consecuentemente a exigir la constitución de mejores garantías que de forma efectiva refuercen la posición de la entidad de crédito. Tales garantías van a provocar precisamente ese reforzamiento a partir del incremento cuantitativo y/o cualitativo de la responsabilidad patrimonial del deudor. Nos encontramos entonces con la conocida distinción entre garantías personales y garantías reales.

En esta búsqueda de una mayor seguridad económica cabe acudir a la garantía de una tercera persona, esto es, a las denominadas *garantías personales* (9). En tal caso, y en principio, esta tercera persona quedará obligada a pagar por el deudor en caso de no hacerlo éste. Digo en principio por cuanto en el clausulado de los afianzamientos bancarios se prevé la renuncia por parte del fiador a los beneficios de orden, división y excusión.

Dentro de las garantías personales, se suele diferenciar entre garantías típicas y atípicas. Dentro de las primeras, y como forma básica, se encuentra la fianza. Por lo que respecta a las atípicas, tienen tal carácter el mandato de crédito, la adhesión de deuda, la asunción de cumplimiento (o asunción de deuda), la promesa del hecho de un tercero, el aval en sentido amplio, las garantías independientes o a primer requerimiento y las cartas o declaraciones de patrocinio (10).

La importancia de la garantía personal como modalidad de garantía en el tráfico mercantil resulta evidente en función de la profusión con que se manifiesta en el mismo. Es más, han sido precisamente las exigencias de dicho tráfico las que han determinado una significativa evolución en esta materia.

Ahora bien, entre la posición de la entidad de crédito garantizada mediante fianza y la de aquella no garantizada personalmente hay sólo una diferencia cuantitativa, pero no cualitativa. Este hecho obedece a que con la fianza tenemos dos patrimonios respondiendo de un mismo crédito y, lo que es más importante, respondiendo de la misma manera. Efectivamente, también el fiador responde con todos sus bienes presentes y futuros, y también esta garantía puede resultar insuficiente porque solamente podrá hacerse efectiva mientras existan bienes en el patrimonio del fiador (11).

Todo esto puede conducir, en algunos casos, a la necesidad de garantías todavía más eficaces. Es aquí donde aparecen las *garantías reales*. La virtualidad de éstas descansa, de forma descriptiva, en que suponen la sujeción específica, directa e inmediata de los bienes sobre los que se imponen, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fueron constituidas (12). Es nuestro refranero quien de forma más gráfica representa lo hasta ahora dicho al decir «más vale prenda en el arca que fiador en la plaza», «antes prenda que fiador» o también que «quien al prestar no prendó, al deudor no prendió» (13).

A partir de aquí se pueden hacer algunas precisiones:

a) Como se deduce de la precedente descripción, la seguridad del acreedor se consigue mediante la técnica del derecho real. Esto no significa sino que se dota a esa garantía de las dos notas características de aquél: poder directo sobre la cosa y eficacia *erga omnes*.

b) Y la segunda precisión, consistente en que el establecimiento de la garantía real no supone para la entidad de crédito la extinción del principio de responsabilidad genérica del art. 1.911 del Código Civil. De esta forma, y desde el principio, puede optar, si así le conviniere, por actuar genéricamente contra el patrimonio, no obstante la constitución de los derechos reales (14).

El siguiente problema que se suscita es el de los tipos de derechos reales de garantía que pueden serlo, lógicamente, de operaciones activas concertadas con entidades de crédito. Conviene, no obstante, y con carácter previo, aclarar un punto importante: se va a aludir a los derechos reales de garantía tipificados por la Ley como tales. Ahora bien, ¿cabe al tráfico mercantil y a sus sujetos la posibilidad de inventar o simplemente modificar tales derechos reales tipificados? En principio, la respuesta sería que sí en la medida en que hoy por hoy la doctrina parece encardinarse por la admisión del denominado *numerus apertus* (15), si bien haciendo referencia a la necesidad de fijar unos límites a la autonomía privada. No obstante, parece procedente afirmar que en materia de garantías la operatividad de la autonomía de la voluntad es bastante limitada en función de la amplia gama de figuras tipificadas legalmente y en función del carácter imperativo de las diferentes normas reguladoras de la materia (16).

Entrando ya en los tipos de derechos reales de garantía, nos encontramos con que en nuestro ordenamiento jurídico civil tales derechos se distribuyen en mobiliarios e inmobiliarios. Tienen la primera condición la prenda, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento. Los segundos son la hipoteca y la anticresis. Común a ambas garantías es la figura del pacto de reserva de dominio.

## II. LAS GARANTÍAS PERSONALES

### 1. Las pólizas de afianzamiento

Nos encontramos ante una de las modalidades que pueden revestir las garantías bancarias por cuya virtud un tercero, fiador, se obliga a pagar al acreedor, entidad de crédito, para el caso de que no lo haga el deudor acreditado (en este sentido, el artículo 1.822 del Código Civil). En consecuencia, podemos decir que lo que el fiador garantiza es una obligación ajena, obligándose personalmente respecto del acreedor.

Se trata, en todo caso, de una garantía muy extendida dentro de la contratación bancaria, hasta el punto de que en, prácticamente, todos los modelos de pólizas de crédito, préstamo y de descuento se encuentra ya prevista una cláusula de afianzamiento en previsión de que se exija, como es lo usual, la presencia de fiadores en el contrato.

En orden a las ventajas que presenta el afianzamiento como garantía podemos apuntar:

Primero, en principio, reduce el coste de la operación para el deudor en la medida en que se reduce el riesgo para la entidad de crédito.

Y segundo, facilita la obtención de créditos por parte de quien ni puede constituir una garantía real ni encuentra a un tercero que lo haga.

Entrando ya en el estudio de las características de la fianza como garantía, podemos apuntar tres fundamentales: la accesoriedad, la subsidiariedad y la necesidad de una interpretación restrictiva.

En orden a la primera característica, la accesoriedad, deriva del carácter auxiliar que tiene la fianza frente a la obligación garantizada respecto de la cual no tiene sino una función instrumental. Prueba de esta accesoriedad es que la fianza, primero, nace, se transmite y se extingue con la obligación garantizada; segundo, precisa para su validez de la validez de dicha obligación principal y, tercero, coincide con la misma en su contenido (no puede exceder del mismo) y en sus condiciones (no se puede contraer en condiciones más gravosas que la principal) (17).

Sin perjuicio de lo dicho, la accesoriedad tiene en nuestro campo otra consecuencia de gran trascendencia: el carácter mercantil de la garantía viene determinado por la propia mercantilidad de la obligación garantizada (art. 439 del Código de Comercio). En este sentido, debe señalarse cómo, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1944, se reputa que los préstamos concertados con una entidad de crédito tienen siempre carácter mercantil. A partir de aquí, se deduce que toda garantía que lo sea de un contrato de crédito bancario responde de la condición de contrato de garantía mercantil.

La afirmación precedente no es baladí por cuanto va a determinar el régimen jurídico aplicable a la póliza de afianzamiento. Este régimen estará constituido (de conformidad con el art. 50 del Código de Comercio) por las reglas contenidas en el Código de Comercio y, en segundo lugar, por las dispuestas en el Código Civil.

Ahora bien, conviene reconocer que la accesoriedad en la fianza no debe ser entendida de una forma absoluta en la medida en que la misma admite excepciones o, al menos, *situaciones especiales* (18). Tan sólo procedo a destacar alguna de ellas.

Situación especial es, sin duda, la posibilidad de constituir la garantía en relación con una obligación

que todavía no ha nacido con una obligación futura. Básicamente, son dos los casos en los que se constata esta situación dentro de la contratación bancaria:

Primero, en el contrato de apertura de crédito, dado que al tiempo de concertarse no se sabe todavía si el acreditado hará uso del crédito concedido y, de hacerlo, en qué medida lo hará.

Y segundo, en los denominados afianzamientos generales (o *fianza omnibus*), en los que una o varias personas se obligan frente a una entidad financiera a responder por tiempo indefinido, y dentro del límite cuantitativo fijado, del cumplimiento de las obligaciones que, como consecuencia del desenvolvimiento del negocio bancario, surjan a cargo de una determinada persona y a favor de la entidad garantizada (19). La utilidad de estas pólizas resulta evidente en la medida en que, entre otras cosas, relevan a la entidad de crédito de requerir el consentimiento del fiador en todos y cada uno de los negocios jurídicos en que tengan su origen las obligaciones que la entidad de crédito quiere tener garantizadas (20).

El apoyo legal a la posibilidad de constituir fianza en garantía de deudas futuras se encuentra en el artículo 1.825 del Código Civil al establecer que «puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida». En todo caso, no constituye esta figura una novedad en la medida en que si en nuestro Derecho la cosa futura puede ser objeto de obligación y contrato, no deben existir razones que impidan la garantía de una obligación futura.

Una vez que se ha analizado la accesoriedad como primera característica de la fianza se pasa a apuntar la segunda, la subsidiariedad. Supone, simplemente, que el fiador sólo está obligado a cumplir su obligación si el deudor no cumple la suya. Viene recogida esta nota característica en el artículo 1.822, apartado primero del Código Civil, al establecer que «por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste».

Ahora bien, esta característica, y en cierta medida la anterior también (21), pierde toda su virtualidad cuando se asume la condición de fiador con carácter solidario con el deudor. Se trata de un pacto cuya presencia es prácticamente obligada dentro de las operaciones bancarias (22) y cuyas consecuencias son dos:

a) Renuncia al beneficio de excusión. Aquí el garante pasa a asumir la deuda como propia y queda obligado de idéntica manera que el deudor principal.

En consecuencia, el acreedor garantizado puede proceder directamente, y una vez vencida la obligación, contra el fiador por la satisfacción de la deuda. En definitiva, no precisa ni requerir previamente al deudor, obligado principal, ni haber actuado sobre su patrimonio (23).

A partir de aquí puede decirse, de forma gráfica, que con el pacto de solidaridad el fiador pasa de ser garante a ser considerado como si de un deudor principal se tratara.

b) En el supuesto de pluralidad de fiadores, la solidaridad no sólo se manifiesta entre éstos y el deudor, sino también entre los garantes mismos. A partir de esta situación, el acreedor ve reforzada su situación jurídica en la medida en que podrá dirigirse directamente contra cualquiera de los fiadores por el total de la deuda, sin perjuicio de que pueda dirigirse después contra los demás mientras no resulte cobrada la deuda por completo (24).

La tercera y última característica de la fianza se refiere a su necesaria interpretación restrictiva. Esto no es sino una consecuencia de lo previsto en el artículo 1.827, apartado primero, del Código Civil, al establecer que «la fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella».

Dentro de la contratación bancaria, las implicaciones de esta tercera característica se encuentran dentro de los llamados afianzamientos generales. Obviamente, cuando la garantía se constituye en relación con una concreta operación (v. gr., un préstamo) resulta claro respecto de qué obligación se constituye el afianzamiento. Por contra, en los antes referidos afianzamientos generales se constatan menciones tales como la siguiente: «La presente fianza se constituye para garantizar: c) y en general cualquier operación de naturaleza mercantil y bancaria que el afianzado contraiga en el futuro con el Banco.»

Es evidente que no puede establecerse un criterio rígido para determinar cuándo una determinada operación se encuentra amparada o no en la póliza de afianzamiento. En todo caso, cabe afirmar que se encuentran amparadas por la garantía todas las operaciones que expresamente menciona la póliza, e incluso algunas semejantes que, aunque no hayan sido mencionadas expresamente, pueden fácilmente ser incluidas por ser de análoga naturaleza jurídica (25).

Una vez que han sido expuestas las principales características de fianza dentro de la contratación bancaria, procede incidir ahora en los *efectos del contrato de afianzamiento*. Su análisis, aun cuando breve, puede ser de interés, en especial para comparar esta figura con otras garantías personales atípicas. Siguiendo la sistemática de nuestro Código Civil, podemos estructurar esta materia de la siguiente forma:

#### a) *Efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor*

Básicamente, tales efectos se reconducen al supuesto en que el acreedor reclame el pago de la deuda garantizada contra el fiador. En tal caso, le

asisten al mismo los siguientes mecanismos de oposición:

Primero, salvo que medie pacto de solidaridad (lo normal cuando la fianza es bancaria), oponer el antes denominado «beneficio de excusión».

Segundo, también puede oponer el fiador todas las excepciones del deudor principal que sean inherentes a la deuda, aunque no las que sean puramente personales.

Y tercero, le cabe al fiador igualmente oponer la prescripción ganada por el deudor y la compensación de deudas, incluso en el caso de que el deudor principal hubiese renunciado a ella.

#### b) *Efectos de la fianza entre el deudor y el fiador*

Partiendo de los efectos previos al pago, nos encontramos con la denominada «acción de cobertura». La finalidad de la misma es dotar de medios al fiador con los que protegerse ante una hipotética insolvencia del deudor o de una insolvencia ya constatada. Tiene esta acción de cobertura un doble contenido: a) compeler al deudor a que releve al garante de la fianza constituida mediante el pago de la deuda afianzada; b) compeler al deudor a que otorgue una garantía que sustituya a la fianza (26).

Una vez que el fiador ha satisfecho la deuda con el acreedor, nuestro Código le reconoce al fiador dos acciones: la «acción de reembolso o de regreso» y la «acción subrogatoria». El fiador puede ejercitar una acción o la otra, y ejercitada la elegida, se agota su contenido, sin perjuicio de que pueda intentar la otra si con la primera no logró resarcirse de todos los perjuicios que le ocasionó el pago (27).

Para concluir las presentes consideraciones, en orden al afianzamiento bancario, parece oportuno incidir en las *causas de extinción*. Dentro de éstas merece ser destacada la contemplada en el artículo 1.851 del Código Civil, y en virtud del mismo extingue la fianza la prórroga concedida por el acreedor al deudor sin el consentimiento del deudor.

Éste es un aspecto de sustancial importancia, especialmente cuando la obligación garantizada es un crédito bancario. En la práctica puede darse el caso, que de hecho se da con frecuencia, de la renovación del crédito concedido. Dicha renovación, de no mediar el consentimiento de los fiadores, no gozaría de la garantía antes constituida. No obstante, esta consecuencia se soslaya en la práctica bancaria en virtud de una cláusula por la cual, en caso de renovación futura, los fiadores prestan anticipadamente el consentimiento que precisa el artículo 1.851 del Código Civil. Por lo demás, esta práctica ha sido una buena medida respaldada por el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de mayo de 1984.

## 2. Las pólizas de contragarantía

En el análisis que se ha efectuado hasta el momento hemos partido del presupuesto de hecho propio de los afianzamientos bancarios: un tercero garantiza como fiador la obligación o las obligaciones que el acreditado/deudor tiene o tendrá con la entidad de crédito acreedora.

En este instante nos situamos con las pólizas de contragarantía bajo un supuesto distinto: es la entidad de crédito quien garantiza al cliente ante un tercero. Se trata de los denominados préstamos de firma.

Esta garantía puede, lógicamente, revestir una pluralidad de formas jurídicas: contrato de fianza en el que el fiador es la entidad de crédito y el cliente el afianzado, aval de una letra de cambio en la que el avalista es la entidad de crédito y el avalado el cliente, interposición de la firma del banco para permitir al cliente el descuento de una letra en un banco, etc. (28). En todo caso, la finalidad de la misma es la de permitir a la entidad de crédito reforzar y respaldar la posición del cliente ante diversos acreedores. Las situaciones que más frecuentemente vienen a darse son las siguientes:

- Garantía de la entidad de crédito a favor del cliente y en beneficio de otra entidad de crédito. Ésta, al tener la garantía de la primera, concederá el crédito solicitado por el cliente.

- Garantía de la entidad de crédito a favor del cliente y en beneficio de otra empresa. A partir de esta garantía, la empresa aceptará constituirse en suministradora y a cobrar aplazadamente lo que le sea debido.

- Garantía ante un organismo público, v. gr., un ayuntamiento, que le permitirá al cliente obtener una obra pública con garantía para el ente territorial de que los posibles desperfectos se encuentran cubiertos por la garantía bancaria.

- Garantía ante tribunales económico-administrativos con relación a deudas fiscales reclamadas al cliente.

Para cubrirse de los riesgos resultantes de estos préstamos de firma, la entidad de crédito conviene con el cliente la formalización de una póliza de contraaval, contragarantía o relevación de la fianza por las cuales el banco queda autorizado a que si como consecuencia del afianzamiento prestado hubiera de efectuar algún pago poder resarcirse de las sumas pagadas con los bienes del afianzado que, en este caso, presta su garantía personal a favor del banco prestamista de firma, o bien en el caso de relevación de fianza, se obliga además a relevar al banco, el afianzado o los fiadores solidarios del mismo, de la fianza prestada (29).

## 3. Garantías a primer requerimiento

Dentro de estas posibilidades de garantía pres-

tada por la entidad de crédito están adquiriendo cada día más difusión las denominadas garantías a primer requerimiento. Quizá convenga detenerse un poco en esta figura.

De forma descriptiva, puede decirse que la garantía a primer requerimiento constituye el compromiso unilateral de la entidad de crédito, independiente y autónomo respecto de la obligación garantizada, de satisfacer automáticamente el importe de la misma al acreedor beneficiario de la garantía.

El elemento personal de esta figura pasa por: a) el *ordenante* de la garantía, que es el cliente de la entidad de crédito y el deudor garantizado; b) la entidad de crédito *garante*, que acepta la garantía solicitada por el cliente, y c) el *acreedor garantizado*.

Lo verdaderamente significativo de esta modalidad de garantía es que la entidad de crédito *garante* se compromete frente al *acreedor garantizado* a pagarle, de forma directa y a su primer requerimiento, el importe que el *ordenante* fijó y sin que pueda oponer las excepciones que el deudor pudiera alegar contra el acreedor (30).

En consecuencia, nos encontramos ante una garantía que supone de nuevo una quiebra del carácter accesorio y subsidiario propio de los afianzamientos y más rigurosa que la fianza solidaria. Esto se debe a que la entidad de crédito renuncia a toda posible oposición al pago fundada en las excepciones del deudor garantizado. Por eso se dice que la obligación de la entidad de crédito frente al acreedor es autónoma y principal, pues no depende ni del contenido ni del cumplimiento de la obligación garantizada (31).

Atendiendo precisamente al grado de sacrificio del principio de accesoriedad que pacten las partes, se distinguen dos extremos dentro de las garantías a primer requerimiento: a) las denominadas «garantías documentarias». En este caso, el acreedor que requiere el pago a la entidad de crédito debe probar documentalmente el incumplimiento del deudor «principal». Pese a que esta exigencia implique una cierta similitud con la fianza convencional, hay que mantener el carácter independiente de la garantía, pues el garante se constituye en obligado principal frente al acreedor, a quien habrá de pagar a su requerimiento mediante justificación documental del incumplimiento del deudor y con independencia de las causas que han originado el mismo. b) El polo opuesto estaría constituido por las garantías a primer requerimiento puras o automáticas. En ellas, el pago no queda condicionado al cumplimiento de ningún requisito. Como se ha destacado, entre ambos extremos caben matices a pactar por las partes implicadas, pudiéndose dar en la práctica innumerables clausulados, dependiendo de las particularidades de cada relación contractual (32).

Es, en todo caso, un contrato atípico, producto de la voluntad de las partes, cuya autonomía consagra

el artículo 1.255 del Código Civil (33). Por lo que se refiere a la contratación internacional, esta forma de garantía encuentra su regulación en las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre garantías a demanda, de 3 de diciembre de 1991, y en el Proyecto de Convención sobre Cartas de Garantías Internacionales (34).

### III. LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA

Sin perjuicio de la importancia de las garantías personales y sin perjuicio también de la difusión de las garantías hipotecarias, conviene tener bien claro un dato importante: si el origen medieval del Derecho mercantil se explica en función de las exigencias de una «nueva economía, esencialmente mobiliaria, dineraria y crediticia», puede decirse que las figuras de las garantías mobiliarias responden cabalmente a aquellas características primigenias (35).

Este hecho, por lo demás, es perfectamente constatable en el ámbito de la contratación bancaria. Cabe incluso afirmar que ha sido en gran medida dicha esfera de la contratación privada la que ha determinado la propia evolución de esta forma de garantía. No obstante, a efectos de este estudio, nos detendremos primero en las formas tradicionales de garantías mobiliarias para, con posterioridad y de forma más extensa, incidir también en figuras fruto de esa evolución.

#### 1. La prenda manual

La primera modalidad de garantía mobiliaria sobre la que incidiré es la denominada prenda manual o prenda con desplazamiento posesorio. Es una figura tradicional dentro de las garantías bancarias, en especial la prenda de valores negociables.

Su *régimen general* se encuentra recogido en los artículos 1.857 a 1.873 del Código Civil, y precisamente en relación con ese régimen pueden hacerse las siguientes consideraciones:

Primera, en orden a los *requisitos para su constitución* sin duda el más característico es que precisa que el titular del bien empeñado entregue la posesión material del mismo al acreedor pignoraticio o a un tercero de común acuerdo (art. 1.863 del Código Civil). Este requisito, conocido como desplazamiento posesorio, tiene una clara finalidad: provocar una indisponibilidad de hecho para el pignorante que evite que transmitiendo lo empeñado a un tercero pueda destruir la garantía.

En relación con la necesidad de que la prenda conste en documento público para producir efecto contra tercero (art. 1.865), decir que la finalidad de este requisito es evitar que se simulen por el deudor créditos pignoraticios, en perjuicio y en fraude de

terceros acreedores, que verían así cercenados sus derechos sobre el total patrimonio de aquél.

Segunda, con respecto al *objeto de la prenda*, pueden serlo todas las cosas muebles que reúnan los siguientes *requisitos*:

- a) que puedan ser enajenadas (art.1.858);
- b) que estén en el comercio de los hombres;
- c) que sean susceptibles de posesión (art. 1.864).

Tercera, por lo que se refiere al *pignorante*, puede serlo tanto el deudor como un tercero (art. 1.857). En todo caso, debe ser el dueño del bien o el titular del derecho sobre el que se constituya la garantía respecto del cual debe tener la libre disposición o, en otro caso, hallarse legalmente autorizado (art. 1.857).

La situación jurídica del pignorante se singulariza por mantener la titularidad, con todos los derechos dominicales, sobre lo empeñado, en tanto no llegue el caso de ser expropiado de ella como consecuencia del incumplimiento de la obligación garantizada (art.1.869). Por otro lado, llegado este caso y no siendo el pignorante el propio deudor, puede aquél oponer al acreedor pignoraticio las mismas excepciones que correspondían al deudor.

Cuarta, por lo que respecta al *acreedor pignoraticio*, la entidad de crédito en nuestro caso, su posición pasa por el reconocimiento de tres derechos fundamentales:

- a) Derecho de retención hasta en tanto no se satisfaga el crédito (art. 1.866).
- b) Derecho de realización de valor si llegado el vencimiento no cumple el deudor con su obligación (art. 1.872 del Código Civil).
- c) Derecho de preferencia sobre lo empeñado y con relación a los restantes acreedores del deudor (arts. 1.926.1 y 1.922.2. del Código Civil y art. 918 del Código de Comercio).

Quizá convenga hacer algunas consideraciones en orden al derecho de realización de valor. Propiamente, este derecho es consecuencia de la prohibición que se le impone al acreedor de apropiarse directamente de la cosa empeñada ante el incumplimiento del deudor (art. 1.859). En definitiva, la única forma que tiene el acreedor de resarcirse ante el impago y con el objeto empeñado es proceder a la realización del valor del mismo.

Propiamente, la realización de valor puede llevarse a cabo a través de cualquiera de estas dos vías:

- 1) Reclamando judicialmente el pago del crédito y la venta de la prenda, que habrá de regularse por las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por constituir aquélla un trámite del juicio (esta vía la reconoce la STS de 5 de octubre de 1926).
- 2) Procediendo extrajudicialmente a la enajenación de la prenda por el procedimiento breve y sen-

cillo de la subasta pública prevista en el art. 1.872 del Código Civil.

## 2. La prenda sin desplazamiento y la hipoteca mobiliaria

Por lo que respecta a la *prenda sin desplazamiento*, se trata de una modalidad de garantía mobiliaria que es objeto de regulación a través de una ley especial, la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954. Como aspectos más destacables de la garantía que nos ocupa se pueden apuntar:

1. Se trata de una figura que se establece para evitar los inconvenientes económicos que puede suponer el traspaso posesorio para el acreedor. La privación de la cosa, especialmente si ésta es un medio de producción o instrumento de trabajo, impide al deudor obtener el dinero que con su utilización podía generar, con lo que hace más difícil la posibilidad de que el acreedor vea satisfecho su crédito, cosa que le interesa más que la realización de la prenda.

2. Únicamente puede recaer sobre los bienes enajenables que prevé la referida Ley de 1954 (36).

3. Se prevé expresamente que se constituya la prenda sin desplazamiento en garantía de operaciones bancarias (art. 3, II) (37) y dentro de ellas se hace mención a la cuenta corriente de crédito (art. 7).

4. La falta de desplazamiento posesorio característica de esta figura se sustituye por la inscripción del contrato en los libros especiales de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento que se llevan en el Registro de la Propiedad (38).

5. Es importante destacar que, al igual que sucede en la hipoteca, la falta de inscripción de la prenda en el Registro correspondiente priva al acreedor pignoraticio de los derechos que le concede la Ley de 1954 (art. 3, III) (39).

En cuanto a la *hipoteca mobiliaria*, esta modalidad de garantía real se introdujo en nuestro Derecho a través de la Ley de 16 de diciembre de 1954. Como rasgos más característicos se pueden apuntar:

Primero, al igual que sucedía con la prenda sin desplazamiento, la garantía que nos ocupa únicamente podrá constituirse sobre determinados bienes muebles (40). Es característica común de los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria su fácil identificación mediante su descripción o referencia técnica, lo que, en última instancia, facilita su publicidad (evitando el desplazamiento posesorio) mediante la inscripción registral.

Segundo, para que el derecho real propiamente se constituya se precisa necesariamente la inscripción en el Registro.

Y tercero, no establece la Ley de 1954 ninguna

referencia al tipo de obligación que es susceptible de ser garantizada mediante hipoteca mobiliaria. No obstante, resulta evidente su aplicabilidad a las operaciones bancarias activas en la medida en que, por un lado, la propia Ley se refiere a la posibilidad de constituir hipoteca mobiliaria «en garantía de cuentas corrientes de crédito» (art. 7), y, por otro, rige el artículo 105 de la Ley Hipotecaria en el que se dispone que la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones (41).

Con carácter general, para la hipoteca mobiliaria y para la prenda sin desplazamiento se puede afirmar que se trata de dos figuras de escasa utilización dentro de la contratación bancaria. Básicamente han sido dos las explicaciones que ante esta situación se han planteado:

a) Su más reciente aparición frente a otras figuras más tradicionales (42).

b) La mayor onerosidad de estas garantías.

Particularmente entiendo que, en relación con la prenda sin desplazamiento, el rechazo del tráfico viene motivado, por una parte, por la última razón expuesta y, por otra, por la escasa virtualidad práctica que tiene esta figura si se la compara con la prenda manual.

Con relación a este último aspecto conviene plantearse un supuesto concreto: ¿qué sucede cuando se produce la transmisión del bien pignorado sin desplazamiento vigente la garantía?

Sobre este interrogante resulta clara para la hipoteca mobiliaria la oponibilidad de la misma frente a cualquier adquirente. Esto a partir de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de 1954, al establecer «la hipoteca mobiliaria sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida» (43).

Mucho más problemática es, en cambio, la situación en la que queda el acreedor pignoraticio en la prenda sin desplazamiento si el pignorante ha dispuesto como libre de lo empeñado.

Como argumentos para negar la repersecutoriedad en la prenda sin desplazamiento se han utilizado, entre otros, los siguientes:

- La propia Exposición de motivos de la Ley, en la que se viene a afirmar cómo en la prenda sin desplazamiento la publicidad registral es evidentemente débil sin que pueda desenvolver sus efectos en la forma de la publicidad inmobiliaria ni en la que la Ley regula para la hipoteca mobiliaria.

- El hecho de que la prenda recaiga sobre bienes de difícil identificabilidad. Conviene aclarar que si esa dificultad no impide la inscripción es porque se compensa la misma determinando la inamovilidad de lo empeñado. Ahora bien, pese a esta compensación, no cabe predicar la función de publicidad del Regis-

tro dado que es el *status loci* el que determina, según el artículo 70 de la Ley, el lugar de la inscripción del gravamen. Teniendo en cuenta que se trata de bienes fácilmente trasladables, la movilización y posterior enajenación por el pignorante de lo empeñado implicaría para el tercer adquirente la imposibilidad de conocer registralmente si el bien mueble está o no libre de cargas, dado que el Registro correspondiente a la nueva ubicación nada publica. La consecuencia será para él la inexistencia del gravamen.

- Por último, si bien es cierto que el artículo 4 impone el deber de no enajenar los bienes dados en prenda sin el consentimiento del acreedor, no lo es menos también que, incumplido dicho deber, el ejercicio de la acción de nulidad con sus efectos restitutorios no opera frente al adquirente de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad civil y criminal en que incurre el deudor pignorante por quebrantamiento de su depósito (44).

Todos estos argumentos han llevado, incluso, a negar el carácter de derecho real de la prenda sin desplazamiento y a afirmar, por contra, su naturaleza de mero privilegio. Frente a este planteamiento puede afirmarse que si bien parece cierto que la prenda sin desplazamiento recae sobre bienes no susceptibles de ser perseguidos, por acción real ilimitadamente (45), no lo es menos también que no hay motivo para negar a la prenda sin desplazamiento los preceptos sobre prenda ordinaria y no reconocerle la cualidad de derecho real. A partir de aquí, le cabe al acreedor pignoraticio el ejercicio de la acción real mediante la cual reivindicar la sumisión de la cosa a la afección de la garantía frente a cualquier adquirente no protegido por el artículo 464 del Código Civil.

Quizá haya que buscar en todas estas incertidumbres, como he dicho, el escaso éxito en la contratación mercantil en general, y bancaria en particular, de la prenda sin desplazamiento. Es lógico, en este sentido, que las entidades de crédito no acudan a esta modalidad de garantía cuando con ella ni tiene el banco la posesión del bien (indisponibilidad de hecho) ni la inscripción provoca una reivindicabilidad ilimitada frente a cualquier adquirente.

No hay duda de que la prenda sin desplazamiento se estableció para evitar los inconvenientes del desplazamiento posesorio, pero no hay duda también de que el tráfico mercantil, y sobre todo el bancario, ha sabido superar tales inconvenientes sin necesidad de acudir a la prenda sin desplazamiento (46).

### 3. Modalidades especiales de prenda manual

Como se ha destacado al tiempo de iniciar las antecedentes consideraciones en orden a las garantías mobiliarias, han sido precisamente dichas garantías



las que han manifestado una mayor evolución como consecuencia de las exigencias del tráfico mercantil en general y bancario en particular.

En este sentido, se observa el desarrollo de nuevas modalidades de prenda que, por razón de las peculiaridades de su objeto, no encajan en la regulación que sobre la misma tiene nuestro Código Civil y que tan brevemente antes ha sido destacada. A partir de aquí, concurren en la práctica dos situaciones diferenciadas: la primera, que existen algunas de esas nuevas modalidades que continúan carentes de un encaje normativo específico (el caso más evidente lo constituye la prenda sobre derechos de crédito cuyo régimen debe ser integrado por la normativa de la prenda manual y de la cesión de derechos de crédito); y la segunda, que, por contra, otras han dado lugar a regímenes normativos dispuestos en función precisamente de las especiales características del bien empeñado (tal sería el supuesto de la prenda sobre valores representados en anotaciones en cuenta).

#### a) *La prenda sobre derechos de crédito*

Se trata de una modalidad de garantía pignoratícia de enorme trascendencia en el tráfico bancario (47). En todo caso, su difusión no se ha hecho sin superar antes importantes obstáculos de naturaleza dogmática.

En este sentido, conviene apuntar que toda la regulación que de la prenda contiene nuestro Código Civil parte de la prenda de cosa corporal. Consecuentemente, no está pensada dicha regulación para los derechos de crédito como objeto de la garantía. A partir de aquí se plantearon importantes obstáculos para admitir la prenda sobre un derecho de crédito (48).

Quizá el obstáculo más importante que haya habido que salvar es el desplazamiento posesorio que precisa la prenda en nuestro Código Civil. Si se produjo finalmente esa superación fue porque se llegó a la conclusión de que lo que nuestro Código exigía no era necesariamente un desplazamiento material, sino propiamente que se pusiera al pignorante en una situación de indisponibilidad de hecho sobre lo empeñado. En el caso de los derechos de crédito, resulta evidente que esa indisponibilidad se puede conseguir de forma más que efectiva. La forma más extendida de lograrla es guardando para sí el acreedor pignoraticio el título justificativo de crédito y, además, notificando al deudor que el derecho de crédito que debe satisfacer ha sido pignorado y que, en consecuencia, el pago del mismo lo realizará al vencimiento a la persona del acreedor pignoraticio.

Uno de los inconvenientes prácticos que tiene para las entidades de crédito esta figura de la prenda sobre derechos de crédito es que al tiempo de realizar el acreedor pignoraticio su derecho se

puede encontrar con que el deudor le puede, lícitamente, oponer todas las excepciones que le pudiera oponer al pignorante por razón de la relación jurídica subyacente. Esto, que no sucede en el caso de la prenda cartular (v. gr., prenda cambiaria), a lo único que realmente obliga es a que la entidad de crédito se informe bien y adopte las cautelas previas necesarias para no encontrarse después con sorpresas.

Entre las posibilidades que en el tráfico bancario presenta la prenda sobre derechos de crédito bien pueden apuntarse las siguientes:

#### 1) *La prenda sobre certificaciones de obra*

En este caso, el pignorante empeña el derecho de crédito que tiene contra la Administración pública como consecuencia de la obra realizada. En todo caso, ese derecho de crédito no es definitivo y esto en la medida en que está sujeto a las posibles revisiones o responsabilidades que se constaten al término de la obra.

Como consecuencia de este carácter no definitivo, el acreedor pignoraticio queda sujeto a la posible oposición que pudiera ejercitar la Administración sobre todo o parte del derecho de crédito pignorado.

La constitución de este tipo de garantías pasa por un conjunto de formalidades contenidas en la normativa sobre contratos del Estado. Básicamente, consisten en la notificación a la Administración de la prenda constituida y en la toma de razón por ésta de la garantía (49).

#### 2) *La prenda sobre el derecho de crédito dimanante de una subvención pública*

De nuevo aquí nos encontramos con una prenda sobre un derecho de crédito no definitivo dado que su firmeza resulta cuando el beneficiario ha cumplido perfectamente con la actuación que determinó la concesión de la subvención. Como es obvio, si una vez constituida la prenda el beneficiario renuncia a la subvención o no realiza correctamente la actuación subvencionada, incurre en responsabilidad ante el acreedor pignoraticio por haber omitido el comportamiento necesario para la exigibilidad del crédito.

#### 3) *La prenda sobre saldos de depósitos bancarios*

Se trata de una figura de enorme desarrollo en nuestros días, en virtud de la cual se pignora el derecho que el titular del depósito tiene de exigir a la entidad de crédito la restitución del capital depositado al tiempo de la presentación de la libreta (depósito a la vista) o al vencimiento del plazo fijado (depósito a plazo).

Pues bien, constituida la garantía, el pignorante

renuncia a la disponibilidad sobre los fondos del depósito, y si una vez vencida la obligación garantizada ésta no es satisfecha, queda facultado el acreedor para resarcirse con el numerario depositado y con la cantidad necesaria (50).

#### 4) Prenda sobre seguros sobre la vida

Es frecuente también en la práctica que las operaciones de riesgo realizadas por entidades de crédito con sus clientes sean garantizadas mediante la pignoración de los derechos resultantes de una póliza de seguros sobre la vida.

Hay que partir de la base de que no se trata de una pignoración sobre un título valor por cuanto la póliza de seguros no tiene tal carácter (51). En definitiva, nos encontramos ante el empeño por el tomador del seguro de los derechos de crédito resultantes de la póliza. Con arreglo al artículo 99, III, de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, se precisa para que la prenda sea oponible a la entidad aseguradora la notificación fehaciente a la misma de la garantía constituida (52).

#### b) *La prenda sobre valores representados en anotaciones en cuenta*

Desde un primer momento es fácilmente comprensible la dificultad y las cautelas que necesariamente han de ser adoptadas a la hora de abordar este tipo especial de prenda. Estas dificultades son de diversa naturaleza y básicamente pueden ser resumidas en dos grandes grupos.

Primero, dificultades surgidas de la novedad del propio objeto de la garantía, la anotación en cuenta, y del igualmente carácter novedoso de su regulación (53).

Y segundo, dificultades fundadas en el régimen vigente en nuestro Derecho común en torno al contrato de prenda y su aplicabilidad a todos aquellos bienes muebles que no sean bienes corporales.

#### 1) Prenda sobre valores privados representados mediante anotaciones en cuenta

Con carácter general se puede afirmar que la constitución de un derecho real de prenda sobre un valor anotado pasa, a nuestros efectos, por dos momentos diferenciados.

Un primer momento estaría constituido por la *formalización del contrato de garantía*, estipulado entre el pignorante (deudor o un tercero) y el acreedor pignoraticio. En este sentido, dicho contrato se rige por los principios generales dispuestos para las garantías pignoraticias (54). Ahora bien, con una im-

portante especialidad, concretamente la contenida en el artículo 10, apartado 2 de la Ley del Mercado de Valores (y art. 13.2 del RD 116/1992). Establece el mismo que «la constitución del gravamen será oponible a terceros desde el momento en que se haya practicado la correspondiente inscripción» (55).

Un segundo momento en la constitución de un derecho real de prenda sobre un valor representado en anotaciones estaría constituido por el procedimiento registral determinante de la *perfección del contrato de garantía*.

Precisamente sobre la perfección del contrato conviene recordar que en nuestro Derecho el contrato de prenda se configura entre aquellos que no se perfeccionan por el solo acuerdo de voluntades. Se precisa para su constitución de un acto de publicidad: la entrega de la cosa empeñada (56). Ahora bien, la especial naturaleza de la anotación en cuenta determinó un especial mecanismo de perfección y, en consecuencia, de nacimiento del derecho real de garantía: «La constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta deberá inscribirse en la cuenta correspondiente. La inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título» (art. 10, apartado 1 de la Ley del Mercado de Valores; art. 13.1, del RD 116/1992). Éste es precisamente el punto que se trata ahora de desarrollar, la inscripción de la garantía.

Lógicamente, el primer aspecto a tratar es la entidad encargada de ejercer las funciones registrales dentro del sistema de anotaciones en cuenta. En este sentido, hemos de diferenciar según que los valores estén o no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial.

En el caso de valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, no ofrece lugar a dudas dónde se realizará la inscripción que determina la constitución de la garantía pignoraticia. Esto obedece al hecho de que, tratándose de dichos valores, el sistema de llevanza del registro contable es de entidad única (57) y, en consecuencia, la inscripción se verificará en la correspondiente entidad encargada del registro contable. Ésta será aquella en donde se hubiera procedido a inscribir los valores representados por medio de anotaciones en cuenta que pertenecieran a la misma emisión y donde, lógicamente, constará inscrita la titularidad del disponente (58).

Por contra, tratándose de valores cotizados en Bolsa, se ha dispuesto un sistema, análogo al establecido para la deuda pública representada en anotaciones, denominado de doble escalón (59) (inscripción en el Registro Central a cargo del Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, art. 11 del RD 116/1992, e inscripción en el registro contable a cargo de la correspondiente entidad adherida, artículo 31.2 del RD 116/1992). A partir de este sistema, la inscripción de la prenda de valores nego-

ciados en Bolsa producirá el efecto prevenido en el artículo 10 de la Ley del Mercado de Valores (constitución de la garantía) cuando se practique en el registro contable de la entidad adherida donde conste inscrita la titularidad del pignorante o, siendo la entidad adherida la pignorante, cuando se inscriba en los registros a cargo del Servicio de Compensación y Liquidación de Valores (véanse artículos 16.3 y 31 del RD 116/1992).

Para que la entidad competente proceda a realizar la anotación a favor del acreedor pignoraticio deberán cumplirse dos condiciones:

Primera, que el pignorante tenga previamente inscritos a su favor los valores empeñados. En este sentido dispone el artículo 16.3 del RD 116/1992 que «conforme al principio de tracto sucesivo..., la inscripción de la constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre valores inscritos requerirá su previa inscripción a favor del disponente» (60).

Y segunda, que quede suficientemente acreditada la garantía ante la entidad encargada del registro. Conviene hacer algunas consideraciones en relación a las formas de acreditar la legitimidad del derecho que se pretende inscribir.

De nuevo debemos diferenciar entre valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial y valores negociados en Bolsa.

Tratándose de valores no negociados en un mercado secundario oficial, tanto la inscripción de las transmisiones como la constitución de derechos reales limitados sobre los mismos se realizará por la entidad encargada a partir de cualquiera de las siguientes posibilidades:

a) Que se presente documento público o documento expedido por una sociedad o agencia de valores acreditativo del acto o contrato traslativo o de formalización del derecho real limitado (art. 50.1 del RD 116/1992). En este supuesto lo que viene a afirmar el RD es que la entidad encargada no puede entrar a examinar la certeza, validez o suficiencia del negocio traslativo o de garantía; simple y llanamente debe proceder a la inscripción (61).

b) Que tenga constancia la entidad encargada de que el titular inscrito y la persona a cuyo favor hayan de inscribirse los valores consienten la inscripción (art. 50.2 del RD 116/1992). En el caso de la prenda para que opere este segundo mecanismo se precisaría el consentimiento del pignorante y del acreedor pignoraticio (62). Este segundo supuesto tiene, en aras de evitar posibles abusos, una excepción: cuando «a la Entidad le conste que no existe título verdadero, válido y bastante para producir la transmisión de que se trate, supuesto en el que no se practicará la inscripción» (art. 50.3, *in fine*, RD 116/1992).

Por contra, tratándose de valores negociados en Bolsa no se precisa para la inscripción de los actos

traslativos sobre los mismos las citadas comprobaciones. Esta medida parece encontrar su fundamento en el mantenimiento de la necesaria fluidez para el funcionamiento del mercado bursátil (63). No obstante, si lo que se trata de inscribir es un derecho real de prenda sobre los valores negociados en Bolsa, será preciso que dicho derecho se acredite ante la entidad adherida correspondiente de alguna de las dos formas prevenidas con anterioridad (64). El fundamento de este trato diferenciador descansa en que se trata de valores temporalmente fuera del mercado, y por este hecho las medidas dirigidas a garantizar la fluidez del mismo desaparecen y entran otras sustancialmente más rigurosas.

Una vez que la garantía ha quedado perfeccionada y que, por tanto, existe el derecho real de prenda sobre los valores anotados, concurre una serie de *efectos* singulares en función de la naturaleza del objeto empeñado.

El primer efecto estaría constituido por el derecho del acreedor pignoraticio a obtener el correspondiente certificado de legitimación para acreditar la titularidad de su derecho real limitado (art. 12, apartado 1 de la Ley del Mercado de Valores; art. 18.1 del RD 116/1992, y art. 19.1 del RD 116/1992).

El segundo efecto a destacar de la constitución de un derecho real de prenda sobre un valor anotado no es otro que la desaparición de la fungibilidad que, con anterioridad a la prenda, existía entre los valores pignorados y aquellos otros que no siéndolo pertenecen a la misma emisión y tienen las mismas características (art. 17.3 del RD 116/1992) (65). Esta desaparición de la nota de fungibilidad viene determinada por la necesidad de «especificación o desglose» de los valores objeto de la garantía pignoraticia. Obviamente, la desaparición de la nota de fungibilidad se produce con independencia de que el acreedor pignoraticio solicite o no la expedición, a su favor, del certificado. En el primer supuesto, los valores afectados, previamente a la expedición del título de legitimación, habrían perdido la condición de fungibles por mor de la garantía constituida.

El tercer efecto es sustancialmente más conflictivo: la inmovilización de los saldos empeñados. Hemos de diferenciar de nuevo entre valores admitidos y no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial (66).

En la normativa que venimos comentando no se dispone, ni permite deducirla, la inmovilización de los valores anotados y no negociados en un mercado secundario oficial para el supuesto de ser objeto de prenda. De la precedente afirmación se llega a la conclusión de que no tiene el derecho real de prenda el efecto de bloquear los saldos de la naturaleza de los que nos ocupan.

La situación descrita en el párrafo precedente varía ostensiblemente si los valores pignorados están admitidos a negociación en Bolsa.

Al igual que sucedía con anterioridad, la constitución de la garantía provoca el desglose de los valores empeñados. Dicho desglose es realizado por la entidad adherida que ha practicado la inscripción (art. 39.1 del RD 116/1992) y es el efecto que produce lo que interesa ser resaltado (67). Dispone en este sentido el art. 39.2 que «los valores afectados por desgloses de los previstos en este artículo no podrán ser objeto de negociación a través de los sistemas de contratación que las Bolsas tengan establecidos. La inscripción de las transmisiones que se refieran a ellos tendrá lugar conforme a lo previsto en el artículo anterior». Como consecuencia lógica, «las Entidades adheridas no los pondrán a disposición del Servicio en el proceso de compensación y liquidación». En este caso, la inmovilización dentro de los sistemas de negociación bursátil parece tener un carácter absoluto, esto es, con independencia de que el acreedor pignoraticio consienta o no en la transmisión. Esto bien puede obedecer a que la innegociabilidad no se produce tanto en favor del acreedor pignoraticio como de los terceros adquirentes.

Cabría entonces preguntarse cuándo cabe la disposición sobre los valores negociados en Bolsa y sobre los que se haya constituido garantía pignoratícia. La respuesta nos la ofrece el propio artículo 39 del RD 116/1992, también en su número 2, al establecer que «la inscripción de las transmisiones que se refieran a ellos (valores afectados por desgloses) tendrá lugar conforme a lo previsto en el artículo anterior». La remisión al artículo 38 y la interpretación *a sensu contrario* del primer inciso del artículo 39.2 del RD 116/1992 nos permite apuntar que cabe la transmisión de los valores desglosados por prenda, pero fuera de los sistemas de contratación de la Bolsa. En estos casos, la inscripción de las transmisiones que se produzcan sobre los valores pignorados se realizará bajo el procedimiento dispuesto para la inscripción de las transmisiones de valores cotizados que deriven de operaciones liquidadas directamente entre las partes y las transmisiones contempladas en el artículo 37 de la Ley del Mercado de Valores (68).

## 2) Prenda sobre valores públicos representados mediante anotaciones en cuenta

Si hasta ahora hemos considerado el supuesto de que la garantía pignoratícia se constituía sobre un valor privado, entendiendo por tal aquel que no tiene a un ente público como emisor, a partir de este instante precisamente se analizará la prenda constituida sobre la denominada deuda pública anotada. Se trata de un régimen sustancialmente diferenciado del dispuesto, en orden a la pignoración de los restantes valores anotados, por la Ley del Mercado de Valores y, especialmente, por el RD 116/1992.

Para la *constitución* de la garantía en la modalidad que nos ocupa se precisa la inscripción de la prenda. Para ello, y lógicamente, el primer paso será que la misma sea comunicada a la entidad que debe realizar la inscripción. Así lo exige el artículo 2.2 del RD 505/1987, al establecer que «la constitución de la prenda y demás derechos de garantía sobre anotaciones en cuenta será comunicada a la Central de Anotaciones...».

A los efectos simplemente de una mejor sistematización de nuestro estudio, pueden ser diferenciados los siguientes apartados:

El sujeto que realiza la comunicación es el titular de los valores pignorados, el pignorante (art. 17.1 de la OM de 19 de mayo de 1987). A partir de aquí hemos de diferenciar:

a) En el supuesto de que el pignorante sea un titular de cuenta a nombre propio en la Central de Anotaciones, la comunicación la realizará él directamente a la Central de Anotaciones (n.º 9, apartado 3, Circular del Banco de España 16/1987) (69).

b) En cualquier otro supuesto, la comunicación del titular/pignorante la tramita, ante la Central de Anotaciones, la entidad gestora en cuyo registro individualizado estén anotados los valores empeñados (n.º 9, apartado 3, Circular del Banco de España 16/1987) (70). Lo que llama, en todo caso, la atención es que no se establezca nada acerca de en qué plazo debe, la entidad gestora, tramitar la comunicación. Como es obvio, la demora en el cumplimiento de su obligación de gestión puede acarrear inconvenientes, entre otros, al pignorante (71).

Obviamente, el objetivo de la comunicación es lograr la anotación de la garantía. En este sentido, de nuevo tenemos que tomar el artículo 2.2 del RD 505/1987 como punto de referencia obligada. Con arreglo a dicho precepto, la finalidad de la comunicación no es otra que el «desglose dentro de las cuentas incluidas en la Central de forma que permita la individualización e identificación de los saldos en garantía». El resultado de este desglose puede ser descrito de la siguiente forma:

Como se ha apuntado con anterioridad en el registro de la Central de Anotaciones, los terceros titulares (es decir, quienes no ostentan la condición de titulares de cuenta a nombre propio en la Central) no figuran identificados individualmente. Esto es así por cuanto en la Central tan sólo obra el saldo global de todos los comitentes de la entidad gestora en cuyo registro el titular tiene asentados los valores. De esta forma, la comunicación lo que produce es un desglose de parte de ese saldo global (aquella que se pignora) y, ahora sí, ese saldo desglosado puede ser y va a ser (a partir de la información contenida en la comunicación) identificado nominalmente y con expresión de los detalles de la garantía (esto es lo que el art. 2.2 del RD 505/1987 llama «individualización e identificación de los saldos en garantía»).

Ahora bien, lo que sorprende es que nada se prevea en la normativa comentada en orden a la acreditación ante la Central de Anotaciones y la entidad gestora de la titularidad y, en consecuencia, de la legitimidad para instar a la anotación de la garantía. Tan sólo hemos de contentarnos con la n.ª 9, apartado 3, Circular del Banco de España 16/1987. Con arreglo a la misma, los titulares de deuda en anotaciones en cuenta en una entidad gestora solicitarán la inmovilización de sus saldos de valores a través de la misma, que se encargará de tramitar la solicitud ante la Central de Anotaciones, «acreditando la titularidad, de acuerdo con sus propios requisitos».

Dentro de los cuatro tipos de instrumentos documentales que se prevén en el sistema de deuda pública anotada (la certificación, el resguardo, la copia del contrato y los resguardos acreditativos de saldos), el que más nos interesa a estos efectos es la certificación.

Esto obedece a que en el régimen que comentamos la certificación tan sólo se expide en los supuestos de constitución de prenda y demás derechos de garantía sobre deuda pública anotada.

La finalidad de la expedición del certificado por la Central de Anotaciones (72) es, por tanto, acreditar la inmovilización de los saldos anotados y objeto del empeño. De esta manera, y una vez obtenida la certificación por parte del pignorante (pues es éste quien la obtiene en función de la n.ª 9, apartados 2, 3 y 5, Circular del Banco de España 16/1987), podrá éste acreditar ante el acreedor pignoraticio la referida inmovilización y dotarle de un instrumento mediante el cual impedir que se levante el bloqueo del saldo en cuestión (mediante su entrega).

Por lo que respecta a los *efectos* de la constitución de la prenda sobre los valores públicos anotados, nos encontramos con uno fundamental: se dispone expresamente la inmovilización absoluta de los saldos afectos a garantías por parte de la Central de Anotaciones. Incluso parece desprenderse de algunas normas como es la inmovilización (y no la simple inscripción) el elemento determinante en la constitución de la garantía (73).

No obstante, la inmovilización como efecto fundamental del empeño produce, a su vez, otros efectos. Así, nos encontramos:

a) En relación con la movilización de los valores por el pignorante. Resulta evidente que, hasta en tanto no se levante la garantía, el titular de los valores no podrá disponer de ellos y que, en consecuencia, su orden en este sentido no deberá ser atendida por la entidad gestora (74).

b) En relación con el reembolso de los valores pignorados. Si vigente el bloqueo de saldos, y con él la garantía, se produce la amortización de los valores pignorados, la Central de Anotaciones procederá a realizar el reembolso correspondiente, pero el efectivo resultante quedará inmovilizado en la co-

rrespondiente cuenta del Banco de España y permanecerá en dicha situación hasta que la inmovilización sea levantada (n.ª 9, apartado 11, Circular del Banco de España 16/1987).

A partir de aquí puede deducirse que el acreedor pignoraticio pasa, en virtud de la amortización, de tener su derecho real de garantía constituido sobre deuda anotada a tenerlo sobre el saldo inmovilizado de una cuenta corriente en efectivo en el Banco de España (75). En todo caso, esa transformación se produce automáticamente y en virtud de una disposición normativa y, por tanto, sin necesidad de que medie pacto alguno entre las partes.

c) En relación con el traspaso de los saldos pignorados del Registro de una entidad gestora a otro. Entre los derechos del titular de deuda anotada se encuentra el solicitar a la entidad gestora correspondiente la transferencia de sus saldos en ella asentados a otra entidad gestora destinataria de los mismos (véase art. 9.4 de la OM de 19 de mayo de 1987). Ahora bien, cuando tales valores son empeñados y, en consecuencia, bloqueados registralmente, no cabe la solicitud de la transferencia en tanto no se levante el bloqueo. Así se desprende con claridad de la n.ª 6, Circular del Banco de España 6/1991, por cuya virtud «el titular de deuda pública anotada en el Registro de terceros de una entidad gestora, no sujeto a compromisos o trabas, podrá solicitar el traspaso de su saldo a otra entidad gestora...».

d) En relación con el pago de intereses. A diferencia de los supuestos precedentes, el bloqueo de saldos como consecuencia de la pignoración de deuda anotada no afecta, de por sí, a los intereses que el pignorante tuviera derecho a cobrar (76). En consecuencia, una vez abonados por la Central de Anotaciones en la cuenta de efectivo en el Banco de España designada como domiciliataria por el titular/pignorante, tiene el mismo la disponibilidad sobre ese efectivo que, a diferencia de lo que sucedía con el reembolso, no queda inmovilizado (77).

El levantamiento de la garantía pasa, como es obvio, por la cancelación registral de la prenda. Tiene como requisito previo la restitución de la certificación de inmovilización expedida en su día por la Central de Anotaciones (n.ª 9, apartado 7, Circular del Banco de España 16/1987) (78).

Por último, otro de los supuestos de levantamiento de la inmovilización, junto con la cancelación del riesgo garantizado, es la realización de la garantía. Esta se produce con motivo del incumplimiento de la obligación principal (n.ª 9, apartado 2, Circular del Banco de España 16/1987). La realización del valor de la deuda dará lugar a la aparición de un nuevo titular y, por tanto, a la necesaria movilización del valor empeñado del pignorante al adjuicatario (79).

## NOTAS

(1) Sobre esta materia, la normativa comunitaria se ha ido ajustando a las recomendaciones del «Committee on Banking Regulations and Supervisory Practices» de Basilea y se ha materializado en la siguiente normativa: Directiva sobre fondos propios (89/299), segunda Directiva bancaria (89/646), Directiva sobre el coeficiente de solvencia (89/647) y la Directiva sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito (93/6).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que los recursos propios de las entidades de crédito deben presentar la suficiente holgura como para dar cobertura no sólo al riesgo de crédito, sino, y también, para cumplir otro tipo de riesgos considerados igualmente por la normativa: riesgo de cambio, riesgo de mercado de la cartera especulativa, así como el riesgo de precio en el caso de las posiciones en renta variable. Se ha observado sobre este extremo una significativa evolución: el control de la solvencia de las entidades financieras, que los reguladores fundamentaban en la vigilancia del riesgo de crédito, se ha ido reforzando y complementando con un control más férreo de las operaciones fuera de balance, del riesgo de cambio, del riesgo de mercado y del riesgo de interés (GARCÍA HIGUERA, pág. 9).

(2) Circular del Banco de España 4/1991, modificada por la 7/1991. Lógicamente, la cuantía de la provisión vendrá determinada por la cuantía del incumplimiento. No obstante, se dispone la aplicación de un porcentaje corrector que aumenta en función del tiempo en que permanezca la situación concreta de riesgo al impago definitivo.

(3) Constituida por el Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio, de nacionalización y reorganización del Banco de España.

(4) Este servicio se encuentra en la actualidad regulado por la Circular del Banco de España 3/1995, de 25 de septiembre. La información se ofrece tanto sobre los denominados riesgos directos (créditos, préstamos de dinero o de firma concedidos o asumidos por la entidad declarante, los derivados de las operaciones de arrendamiento financiero, etc.) y los indirectos (riesgos contraídos por la entidad con quienes garantizan o avalan operaciones de riesgo, incluyendo los avales y contraavales, afianzamientos y garantías personales prestados en créditos dinerarios). Entre las novedades, a nuestros efectos, más significativas de la referida normativa destacamos: a) Se ha reducido el importe de los riesgos a declarar (v. gr., con anterioridad existía obligación de declarar los riesgos directos totales con residentes iguales o superiores a 4.000.000 de pesetas; en la actualidad, la declaración lo es por cuantía igual o superior a 1.000.000 de pesetas); b) cualquier persona titular podrá solicitar directamente de la Central la información que se contiene sobre él, detallada por entidades (en línea, por tanto, con la Ley 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal). Es importante destacar que la Circular comentada entrará en vigor el 1 de junio de 1996. Véase, como estudio más detallado sobre la misma, y entre otros, ANCIANO PARDO, págs. 26-29.

(5) Es más, entre los factores que influyen en el riesgo de crédito están precisamente las garantías que puede aportar. En este sentido, los analistas de riesgos de las entidades de crédito reconocen la existencia de cinco factores que determinan el riesgo de crédito (conocidos como las cinco «Cs» por ser la letra con que, en inglés, comienza cada uno de sus nombres), a saber: carácter (*character*), esto es, integridad u honradez del prestatario; capacidad (*capacity*), habilidad de generación de fondos para hacer frente a la devolución de la deuda; capital (*capital*), patrimonio; garantía (*collateral*) y condiciones (*conditions*) o circunstancias externas al prestatario normalmente macroeconómicas (LÓPEZ DOMÍNGUEZ, pág. 23).

(6) Artículo 1.911 del Código Civil: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos su bienes, presentes y futuros.»

(7) Tratándose de una disposición patrimonial de carácter

fraudulento, le cabe al acreedor la posibilidad de reconstruir el patrimonio del deudor mediante las acciones revocatoria o pauliana y subrogatoria. No obstante, y pese a la importancia de estos mecanismos de protección de los derechos del acreedor, la garantía que para éste supone el artículo 1.911 del Código Civil, ante los actos fraudulentos, es relativa dada la carga procesal que el ejercicio de estas acciones le implica acompañado todo ello de las dificultades de su éxito (BUSTOS PUECHE, pág. 540).

(8) MAIRATA LAVIÑA y GUZMÁN COSP, pág. 146.

(9) Todo esto sin olvidar que dentro de las garantías personales puede ser incluida la denominada «cláusula penal» o «pena convencional». En este caso, seguirá existiendo un único patrimonio respondiendo, el del deudor, y respondiendo con arreglo al artículo 1.911 del Código Civil, pero, y a la vez, se produce un incremento cuantitativo en la responsabilidad que para el deudor dimana del incumplimiento del contrato. A partir de esta última consecuencia es cuando se produce un reforzamiento de la posición del acreedor, a la par que una afirmación de la responsabilidad del deudor. Por todo ello es también la cláusula penal una forma de garantía para el acreedor (en el bien entendido que sometida a la facultad moderadora de los Tribunales, artículo 1.154 del Código Civil). Véase, sobre la vertiente de garantía de la cláusula penal, BONET SÁNCHEZ.

(10) ANGULO RODRÍGUEZ, citado por VICENT CHULIÀ, pág. 23.

(11) FERRANDIS VILELLA, pág. 38. Como referencia comparativa entre las garantías reales y las personales y en diferente sentido al expuesto, véase MARTÍNEZ CALCERRADA y GÓMEZ, página 2.

(12) Configuración hecha a partir de lo dispuesto en el artículo 1.876 del Código Civil en relación con la hipoteca.

(13) GELLA ITURRIAGA, págs. 397-398.

(14) BUSTOS PUECHE, págs. 540-541.

(15) Véase sobre esta materia, y entre otros, DIEZ PICAZO, páginas 78-94.

(16) En este sentido, BOUZA VIDAL, pág. 6, señala que las garantías mobiliarias basadas en el derecho de prenda suelen ser objeto de una regulación restrictiva, imperativa y excepcional.

Esto se explica, en nuestro sistema y entre otras razones, por el hecho de que las garantías reales suponen en sí mismas una derogación del principio *par conditio creditorum*. Es importante destacar a este respecto que en el Derecho español toda derogación de dicho principio no sólo tiene un carácter legal y excepcional, sino que además es objeto de una interpretación restrictiva (véase sobre esta materia CASTILLO MARTÍNEZ, págs. 1280 y siguientes).

(17) Esta nota de accesoriedad y las implicaciones de la misma, ya apuntadas, se encuentran recogidas en nuestro Código civil. En este sentido, el artículo 1.824, apartado primero, del Código Civil establece que «la fianza no puede existir sin una obligación válida». Por su parte, el artículo 1.826 en sus dos apartados dispone que «el fiador puede obligarse a menos, pero no a más, que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones». «Si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor.»

(18) V. gr., la eficacia de la fianza de obligación cuya nulidad puede ser reclamada en virtud de una excepción puramente personal del fiador (art. 1.824, 2.º, Código Civil); el mantenimiento de la garantía con el contenido con el que nació en los casos de concurso, quiebra o suspensión de pagos cuando la obligación principal resulta reducida o modificada. Véase, con respecto a las mismas, MÓXICA ROMÁN, pág. 231, quien, a su vez, cita a VICENTE GUILARTE.

(19) Señala VICENT CHULIÀ cómo, y además, se incluyen otros pactos, como el de compensación entre las deudas inatendidas del afianzado y los créditos del fiador contra la entidad bancaria; el adeudo de cantidades no atendidas en una cuenta corriente especial a nombre del fiador con devengo de intereses a

cargo de éste y a favor del banco por los saldos que se produzcan, con pacto de integración del título ejecutivo a efectos del artículo 1.434.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (VICENT CHULIÀ, página 16). En orden precisamente a los referidos intereses moratorios, es conveniente tener presente que los mismos se cobran junto con los específicamente pactados en los distintos títulos de las operaciones que se cubren. Por este hecho se apunta el posible carácter abusivo de esta cláusula por cuya virtud la entidad de crédito puede llegar a percibir los intereses doblemente (GARCÍA LUENGO, págs. 634-635).

Es también usual, dado el carácter indefinido del contrato, el prever la posibilidad de denuncia unilateral. Su realización tan sólo producirá efecto en relación con las operaciones y contratos que la entidad financiera celebre con el deudor principal después de la fecha de la separación, pero será inoperante, y, por tanto, continuará vigente la garantía respecto de los contratos anteriores, aunque venzan y sean exigibles después. Véase, también sobre estos afianzamientos generales, BORNARDELL LENZANO, páginas 848 y siguientes.

(20) BORNARDELL LENZANO, pág. 850.

(21) De hecho, VICENT CHULIÀ pone de relieve cómo la fianza, como obligación del fiador, puede reforzarse limitando convencionalmente dicha accesoriedad, es decir, limitando la posibilidad de que el fiador oponga excepciones del afianzado, de modo que por esta vía el fiador en ocasiones «debe» más que el afianzado. Continúa el autor afirmando que así sucede con la fianza solidaria (VICENT CHULIÀ, pág. 17).

(22) Se plantea el problema de determinar si en un afianzamiento con una entidad de crédito no se dispuso, contrariamente a lo que es normal, el pacto de solidaridad, continuando el mismo por mor del carácter mercantil de la operación. En este sentido, se afirma la existencia de una jurisprudencia oscilante. En una primera etapa, entendió el Tribunal Supremo que la fianza mercantil era necesariamente solidaria; en una etapa posterior, abandonó esta creación doctrinal, no apoyada por norma legal alguna; pero recientemente ha vuelto a mantener la primera doctrina (véase VICENT CHULIÀ, pág. 18).

(23) Con arreglo al artículo 1.832 del Código Civil, «para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerle al acreedor luego que éste le requiera para el pago, y señalarle bienes del deudor realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda».

(24) Conviene no olvidar que, con arreglo al artículo 1.837 del Código Civil, «siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación de responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad».

(25) Véase, en este sentido, la jurisprudencia menor recogida por MÓXICA ROMÁN, págs. 257-258.

(26) Los supuestos en los que procede esta acción de cobertura se recogen en el artículo 1.843 del Código Civil.

(27) El contenido de la ya referida «acción de reembolso» viene determinado por el artículo 1.838 del Código Civil. En cuanto a la «acción subrogatoria», su contenido se recoge en el artículo 1.839, apartado primero, del Código Civil.

(28) En este sentido, se distingue entre aval bancario expreso (contrato de fianza, en el que el fiador es el Banco y el afianzado el cliente, o aval en letra de cambio en el que el avalista es el banco y el avalado el cliente) o encubierto (la antes aludida interposición de la firma del banco para permitir al cliente el descuento de una letra en un banco) (CANO RICO, pág. 189).

(29) CANO RICO, pág. 189. En general, sobre la póliza de contragarantía, véase VÁZQUEZ GARCÍA.

(30) Como es obvio, esto tiene una consecuencia clarísima en orden a la inversión de la carga de la prueba (art. 1.214 del Código Civil). Esto resulta de que el beneficiario solamente está obligado a cumplir lo pactado en el contrato de garantía en lo que

se refiere a la reclamación, no pudiendo exigírsele la prueba del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. Con esta cláusula, en lugar de verse obligado a demostrar la validez o fundamento de su reclamación, el beneficiario traslada la carga de la prueba a la persona del ordenante, que en caso de estar disconforme con el pago de la garantía será el obligado a actuar judicial o extrajudicialmente. En el primer caso, será el actor procesal y en el segundo será quien inicialmente deberá aportar pruebas efectivas en apoyo de su postura. Con ello, el beneficiario desplaza toda posible discusión sobre su derecho a cobrar la garantía a un eventual procedimiento judicial en el que la iniciación y carga de la prueba corresponde a la otra parte. La postura que disfruta el beneficiario de una garantía a primera demanda queda claramente reflejada en la regla —acuñada por los autores alemanes— de acuerdo con la que, en cualquier caso, lo primero es pagar la garantía y posteriormente podrá acudir a un pleito (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 1992, pág. 742). En análogo sentido, DÍAZ MORENO, 1993, págs. 158-159.

(31) Se trata, en consecuencia, de un negocio jurídico abstracto, entendida la abstracción como acertadamente apunta SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: la abstracción se traduce en que la validez, efectividad y funcionamiento del contrato de garantía no depende en medida alguna de la relación principal, e igualmente, de las particulares del contrato concluido entre el ordenante y el banco. Esta abstracción funcional supone, por tanto, la autonomía entre dos contratos que están vinculados, tanto desde el punto de vista económico (que se traduce en la aproximación del contenido de uno y otro) como desde el punto de vista de su propia existencia, ya que el uno se convierte en un prius obligado del otro (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 1992, pág. 766).

(32) SÁNCHEZ GARCÍA, pág. 29.

(33) No obstante, afirma VICENT CHULIÀ que el contrato estudiado, en su calidad de absolutamente abstracto, es difícilmente importable en el ordenamiento español, ya que el artículo 1.261 del Código Civil, exige siempre una causa en los contratos (sin perjuicio del artículo 1.274 del Código Civil, que no consagra sino una presunción *iuris tantum*). Es más, para el autor, de las cuatro sentencias relacionadas con el tema, sólo la última pronunciada (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1992) parece acoger la doctrina del aval a primera demanda como garantía independiente y ni siquiera con la suficiente precisión dogmática (VICENT CHULIÀ, pág. 33). Frente a este criterio se ha mantenido también, con relación a la problemática de la causa sobre este tipo de garantía, que siempre vemos la causa en función de un contrato con dos personas: comprador y vendedor, promitente y promisorio, prestamista y prestatario. Por contra, en una relación triangular (y lo es la garantía a primer requerimiento) la causa tiene que jugar de otra forma. Concretamente, hay que verla en el juego de las relaciones entre cada una de las partes que forman parte de la relación. Ahí ver si hay desplazamientos patrimoniales injustificados o no justificados entre ellas. Así, en la garantía a primera demanda no hay nunca desplazamientos injustificados, aunque sea injusta la reclamación del acreedor garantizado contra el banco garante, y el banco garante repercuta contra su ordenante lo que ha pagado a este acreedor, ya el ordenante se lo reclamará por la vía de la acción de enriquecimiento injusto. Por tanto, y en esta línea, se ha sostenido que no hay ningún miedo a que aquí estemos saltando el mito de la causa porque no hay desplazamientos patrimoniales injustificados (GULLÓN BALLESTEROS, págs. 319-320). Sobre la antes referida Sentencia del Tribunal Supremo, véase, además de la aportación del último autor citado, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 1993, páginas 541 y siguientes; también, DÍAZ MORENO, 1994, páginas 628 y siguientes, y COCA PAYERAS y FLAQUERT RIUORT, páginas 474 y siguientes.

(34) Conviene recordar, en todo caso, que las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional tienen siempre naturaleza puramente contractual, es decir, sólo son obligatorias cuando las partes de un contrato internacional las invocan expresamente como contenido del mismo. Por el contrario, UNCITRAL trabaja en la elaboración de un Proyecto de Convención que será aprobado, firmado y ratificado por los estados miembros de la Orga-

nización de Naciones Unidas con el carácter de Ley aplicable a las relaciones contractuales internacionales de esta naturaleza (VICENT CHULIÁ, pág. 34). Sobre este último, véase DIAZ MORENO, 1993, págs. 151 y siguientes.

(35) OLIVENCIA, 1996, pág. 7.

(36) Véanse los artículos 52-54 de la Ley.

(37) En dicho apartado se prevé que la prenda sin desplazamiento pueda constituirse mediante póliza intervenida por corredor de comercio colegiado cuando se trate de operaciones bancarias o se refiera a cualquiera de los supuestos comprendidos en el artículo 93 del Código Civil

(38) El problema que, no obstante lo dicho, se planteaba era el de la identificación de los bienes pignorados dado que su naturaleza mobiliaria dificulta dicha labor de singularización. Esto último determina el que en la inscripción del Registro la descripción del objeto en garantía sea menos exacta que, por ejemplo, la propia de un bien inmueble. Para solventar este problema se optó por la publicidad registral del lugar en que se encuentran los bienes (*status loci*) (en este sentido, BUSTOS PUECHE, pág. 546).

(39) Artículo 10 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento: «El acreedor hipotecario o pignoraticio gozará para el cobro de su crédito de la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1.922, 2.ª, y 1.926, 1.ª, del Código Civil, dejando a salvo siempre la prelación de créditos laborales.

En caso de quiebra no se incluirán en la masa los bienes hipotecados o pignorados mientras no sea satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta».

(40) Véase el artículo 12 y la Ley de 31 de diciembre de 1970 de hipoteca mobiliaria de películas cinematográficas.

(41) Dicho artículo resulta de aplicación por cuanto la legislación hipotecaria está reconocida como supletoria por la disposición adicional tercera de la Ley de 1954.

(42) MAIRATA LAVIÑA y GUZMÁN COSP, pág. 166. No obstante, esto en el caso de la prenda sin desplazamiento no es del todo cierto por cuanto la figura ya existía por Ley de 22 de septiembre de 1917, para el caso de la prenda agrícola, y se introdujo en el Código Civil a través de la Ley de 5 de diciembre de 1941. Éstos son realmente los precedentes de la actual regulación «sin más alteraciones que las que se han estimado necesarias para modernizar y dar actualidad a aquellas disposiciones y para dotar a la institución de la mayor eficacia jurídica posible» (Exposición de motivos de la Ley de 1954).

(43) A juicio de SANCHO REBULLIDA, pág. 412, no sufre menoscabo el principio del artículo 16 por lo dispuesto en el artículo 4 («El deudor no podrá enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin el consentimiento del acreedor») dado que consienta o no el acreedor la enajenación, despliega la garantía su eficacia *erga omnes*.

(44) MARÍN PÉREZ, pág. 203.

(45) CASTÁN, pág. 409.

(46) Se observa así en la práctica de las entidades de crédito y cada día con mayor profusión, el empeño de bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento realizado al amparo de la normativa de la prenda manual. Lo único que ocurre es que en lugar de haber un desplazamiento del *status loci* de las mercaderías (v. gr.) se concierta un contrato de depósito (incluso de arrendamiento del local donde se encuentran) sobre las mismas. Como es lógico, la condición de depositario recae sobre una persona distinta del pignorante y se reserva la entidad de crédito la facultad de removerlo en su condición unilateralmente e incluso la facultad de trasladar lo empeñado.

Además, el propio tráfico mercantil se ha encargado de desarrollar figuras sustitutivas de las garantías sin desplazamiento y todo ello con, en principio, mayores ventajas y menores, también en principio, inconvenientes.

Esto es el caso de los denominados, impropriamente, «derechos de propiedad en garantía». Se integran dentro de esta denominación instituciones de muy diversa configuración y alcance; así, la reserva de dominio, el *leasing* y la venta en garantía. Básicamente, las ventajas que ha visto el tráfico en estas figuras se pueden resumir en las siguientes ideas:

a) Menores requisitos formales y de publicidad. Esto no sólo tiene una ventaja económica, sino que, además, puede favorecer al deudor al permanecer oculta su necesidad de crédito.

b) Mientras que en los derechos de garantía real clásicos la función satisfactoria de los mismos, en caso de incumplimiento, consiste en aprovecharse el acreedor del valor de realización del bien a través de su enajenación pública, en las garantías sobre la propiedad el acreedor bien recupera el valor de uso o disposición del bien (que temporalmente perdió por su condición de arrendador o de vendedor con reserva de dominio), o bien continúa ostentando su propiedad fiduciaria (venta en garantía). Además, y en todo caso, le queda abierta la posibilidad de realizar el valor económico del bien cuya propiedad ha retenido o adquirido, pero ahora sin necesidad de intervención de una autoridad pública ni su venta en pública subasta.

c) La mayor operatividad de estas garantías en los supuestos de insolvencia del deudor. En tales circunstancias, tales garantías resultan superadoras de los inconvenientes de las garantías reales sin desplazamiento (estas últimas no impiden que los bienes afectos se integren en la masa del concurso, si es que siguen en poder del deudor, y ceden ante los privilegios generales de la Hacienda pública o de la Seguridad social). Conviene, en este sentido, no olvidar que es en los supuestos de insolvencia donde puede mejor el vendedor con reserva de dominio o el arrendador en un *leasing* ejercitar su condición de propietario y con la misma separar a los bienes de la masa.

Ahora bien, frente a estas ventajas, la propiedad con fines de garantía no deja de suscitar numerosas incógnitas resultantes de una ausencia de reglamentación expresa por parte del legislador y de su carácter un tanto distorsionador de nuestro actual sistema jurídico. Además, conviene tener presente que el uso de la propiedad con fines de garantía se presta a posibles abusos por parte del acreedor que reforzado en su posición ha conseguido, en principio, eludir las medidas de equilibrio dispuestas en la legislación en materia de garantías.

(47) Si nos situamos en el marco del Derecho comparado, nos encontramos con que en el Derecho francés, ya en 1981, se estableció una reforma en el sistema de cesión y pignoración de créditos en garantía de créditos bancarios. La misma se desarrolló a través de la Ley 1/1981, de 2 de enero, que establece un sistema de pignoración y cesión de créditos en garantía de operaciones bancarias mucho más sencillo que el contenido en el *Code civil* (véase, sobre dicha reforma, GARCÍA-PITA, 1983, páginas 459-460; sobre el sistema del *Code civil*, GAVIDIA SÁNCHEZ, páginas 485 y siguientes).

(48) Sobre toda esta problemática, véanse, entre otros, CAPO BONAFUS, págs. 282 y sigs.; EIZAGUIRE, págs. 179 y sigs.; MADRIDEJOS SARASOLA, págs. 193 y sigs.; NAVARRO PÉREZ, PANTALEÓN PRIETO, págs. 187 y sigs.; ROSENDE HONRUBIA, págs. 563 y siguientes, 643 y sigs.; MUÑOZ CERVERA, 1992, págs. 376 y siguientes; CRUZ MORENO, págs. 1272 y siguientes.

(49) Sobre esta figura, véanse GARCÍA-PITA y LASTRES, 1988, páginas 94 y sigs.; INFANTE PÉREZ, MOLTÓ DARDANER, págs. 219-221; MUÑOZ CERVERA, 1992, págs. 385 y sigs., y, teniendo ya en cuenta las novedades introducidas por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, BARRIOS ÁLVAREZ y FUGARDO ESTIVILL, págs. 143 y siguientes.

(50) Sobre esta modalidad de garantía mobiliaria, véanse SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 1990, págs. 647 y sigs.; BONARDELL LENZANO, págs. 882 y sigs., y más recientemente, FINEZ RATÓN, especialmente págs. 133 y siguientes.

(51) Sí constituye, en cambio, prenda sobre un título valor la denominada *prenda cambiaria*. En la actualidad se recoge en el



artículo 22, apartado primero, de la Ley Cambiaria y del Cheque, al establecer que «cuando un endoso contenga la mención “valor en garantía”, “valor en prenda” o cualquier otra que implique una garantía, el tenedor podrá ejercer todos los derechos que derivan de la letra de cambio, pero el endoso hecho por él sólo valdrá como comisión de cobranza».

Con la finalidad de garantizar la efectividad del ejercicio de su derecho real por parte del acreedor pignoraticio se le reconoce la denominada Tutela jurídico-obligacional. En virtud de la misma, el obligado cambiario no podrá oponer al tenedor en garantía las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el pignorante/endosante, a menos que aquél, al recibir la letra, hubiera procedido a sabiendas en perjuicio del deudor (art. 22 LCCH).

En todo caso, conviene precisar que dentro del tráfico bancario es casi desconocido el endoso en garantía. Propiamente en el mismo se acude al mecanismo de formalización de un contrato de prenda por acto separado y al endoso pleno de la letra al acreedor pignoraticio, sin dejar rastro, por tanto, en el título del derecho real. Esta operatoria evidentemente encubre lo que la doctrina ha calificado como endoso fiduciario con finalidad de garantía, en el que como tal existe una desproporción entre el medio jurídico empleado (endoso pleno) y el fin económico perseguido (constitución de una garantía real). Véanse, sobre esta figura, VERGEZ SÁNCHEZ, págs. 497 y sigs.; VIGUERA RUBIO, páginas 199 y sigs., y NAVARRO CHINCHILLA.

(52) Véanse sobre esta figura, entre otros, TIRADO SUÁREZ, páginas 675 y sigs.; MUÑOZ CERVERA, 1992, págs. 393 y sigs., y más recientemente, AURIOLAS MARTÍN y MEJÍAS GÓMEZ, págs. 63 y siguientes.

(53) En esta línea es indudable que la génesis de la anotación en cuenta debe buscarse en la necesidad sentida por el Estado de alcanzar un mercado de capitales ágil y desarrollado para así mejorar, aumentando y colocando más rápidamente la deuda emitida, la financiación de su estructural déficit público (véase, en este sentido y en desarrollo de la idea expuesta, ORTEGA FERNÁNDEZ, pág. 9). Ahora bien, lo que era exclusivamente un problema del sector público pasó pronto a ser también un problema para la financiación de las empresas y para los inversores. Esto era lógico: las ingentes cantidades de títulos emitidos por un número cada vez mayor de emisores y demandados por una cantidad igualmente creciente de suscriptores hacía imposible, o en todo caso muy lenta y costosa, la manipulación de los títulos contratados. Se producía así una paradoja brillantemente reflejada por el profesor OLIVENCIA: «Los derechos, que se beneficiaron de las ventajas del documento, soportan también los inconvenientes... del soporte documental». De esta forma, «las ventajas del papel han desembocado en los inconvenientes del papeleo» (OLIVENCIA RUIZ, 1987, págs. 17-18). Véase, en orden a las causas de la crisis del concepto de título-valor, VALENZUELA GARACH, págs. 98-99. Era necesaria, en consecuencia, la desmaterialización de los valores de inversión.

El proceso de desmaterialización ha sido rápido si se mira desde una perspectiva histórica y se tiene en cuenta la magnitud del cambio. De forma muy sucinta ha pasado el mismo por las siguientes etapas:

Primera, tras algunos intentos meramente correctores del sistema, la primera manifestación, en un sentido estricto, de la materialización en anotaciones en cuenta de los valores de inversión nos la encontramos con los pagarés del Tesoro y a través del RD 652/1982, de 12 de febrero. Ahora bien, ni se creó un sistema completo ni se autorizó al gobierno para su implantación.

Segunda, la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para 1987. Esta Ley admite expresamente, y por primera vez, la representación de la deuda del Estado y del Tesoro mediante anotaciones en cuenta (art. 38.4.a.), y además «autoriza al Gobierno a dictar las disposiciones necesarias para implantar el sistema de instrumentación de la deuda pública en anotaciones en cuenta y regular las transacciones basadas en tales anotaciones» (art. 38.4.b.).

Tercera, a partir de la referida autorización es cuando se promulga el RD 505/1987, de 3 de abril, por el que se aprueba el Sistema de Anotaciones en Cuenta de Deuda del Estado.

Cuarta, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. La misma extendió el sistema de representación que nos ocupa a todos los valores negociables agrupados en emisiones y dispuso paralelamente de un régimen jurídico marco para los valores instrumentados en anotaciones que salvaguardará, para éstos, los beneficios que hasta entonces habían disfrutado los títulos de inversión (arts. 5 a 12).

Quinta, la posibilidad reconocida por el Real Decreto legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, de representar por medio de anotaciones en cuenta las acciones y obligaciones emitidas por sociedades anónimas (arts. 51 y 290.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas).

Y sexta, el Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero, sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles. Entre los fines perseguidos por el Real Decreto destacan dos en su Preámbulo: primero, «la extensión del sistema de representación de valores por medio de anotaciones en cuenta —hoy sólo aplicado a los valores negociados en el Mercado de Deuda Pública en anotaciones— a los valores cotizados en Bolsa y, en general, a todo tipo de valores cuyos emisores así lo decidan», y segundo, dado que la Ley del Mercado de Valores «contiene únicamente los elementos fundamentales del régimen jurídico sustantivo de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta...» se hacía necesaria «la elaboración de un Real Decreto que, como el presente, completará, adecuada y suficientemente, las previsiones legales».

No obstante este carácter general del RD 116/1992 se mantiene, también en su Preámbulo, que «en cuanto a los valores negociados en el Mercado de Deuda Pública en anotaciones se declaran los preceptos del Real Decreto de carácter meramente supletorio, ya que ha parecido oportuno dejar para más adelante una posible revisión global del Real Decreto 505/1977 por el que se dispuso la creación de un Sistema de Anotaciones en cuenta para la Deuda del Estado, cuyo funcionamiento ha de considerarse satisfactorio».

(54) En especial, el artículo 1.865 del Código Civil, por cuya virtud «no surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha».

(55) La finalidad de esta inscripción en el registro contable es análoga a la de la exigencia de forma pública del artículo 1.865 del Código Civil: proteger a los demás acreedores del deudor/pignorante, que podrían quedar perjudicados por supuestos actos de constitución de la prenda hechos fraudulentamente por el deudor con el acreedor pignoraticio y que no responden a un verdadero acto de garantía.

(56) Artículo 1.863 del Código Civil: «Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo.»

(57) MARTÍNEZ MUÑOZ, pág. 17.

(58) Véase, en este sentido, lo que dispone el artículo 11 y artículo 45.1 del RD 116/1992.

(59) MARTÍNEZ MUÑOZ, pág. 16; SÁNCHEZ ANDRÉS, pág. 2846.

(60) Véase el artículo 11, apartado 3, Ley del Mercado de Valores.

(61) MADRID PARRA, pág. 210.

(62) Como es obvio, esta última posibilidad se entiende sin perjuicio de que sea frecuente y deseable la intervención por fedatario público o/y la mediación de entidad especializada (FERNÁNDEZ DEL POZO, pág. 1226). Por otro lado, resulta igualmente evidente que la constancia del consentimiento de las partes sobre la inscripción puede quedar reflejada mediante documento

público intervenido por fedatario en el que consta la declaración de voluntad de los mismos (CANO RICO, pág. 564).

(63) En este sentido, MARTÍNEZ MUÑOZ, pág. 20.

(64) Véase el artículo 39.1 del RD 116/1992.

(65) Véanse los artículos 17.1 y 2 del RD 116/1992.

(66) Sobre esta cuestión, véase MUÑOZ CERVERA, «La prenda...», págs. 14 y siguientes.

(67) Conviene recordar que en el Registro Central, a cargo del Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, existirá una cuenta que refleje el saldo global de los valores que la entidad adherida tiene registrados en sus cuentas a nombres de terceros [art. 31.1.a) del RD 116/1992]. En todo caso, sobre dicha cuenta «se mantendrá el oportuno control de los valores afectados por situaciones especiales siendo, en todo caso, objeto de desglose los valores sobre los que se constituyan derechos reales limitados u otra clase de gravámenes y aquellos respecto de los que se haya expedido certificados» (art. 31.3 del RD 116/1992). Esta referencia parece implicar que inscrita la garantía deberá ser la misma comunicada por la entidad adherida al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores para que efectúe el citado control y desglose.

(68) Son, concretamente, la transmisión a título oneroso por título distinto del de compraventa y la transmisión a título lucrativo de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial.

(69) Conviene aclarar que no todos los titulares de deuda pública anotada tienen una cuenta abierta en la Central de Anotaciones a través de la cual poder operar sobre su cartera. Esta posibilidad se encuentra reservada a una serie de entidades, que pasarán a ser denominadas «titulares de cuenta a nombre propio en la Central de Anotaciones».

Los restantes demandantes de deuda no autorizados disponen de la misma a través de la correspondiente entidad gestora.

Por lo que se refiere a las funciones registrales de la Central de Anotaciones y de la entidad gestora, nos encontramos:

Primero, la Central de Anotaciones, como organismo rector, gestiona registralmente dos tipos de cuentas: a) cuentas de entidades que han sido autorizadas a ostentar la condición de titulares de cuentas a nombre propio abiertas en la Central de Anotaciones. En ellas se registran las operaciones que sobre su propia cartera haga cada titular (véase art. 3 de la OM de 19 de mayo de 1987 —OM de 31 de octubre de 1991—; véase art. 4.1. de la OM de 19 de mayo de 1987). b) Cuentas que recogen los saldos de terceros de las entidades gestoras («cuenta global», «cuenta de saldos de terceros», «saldos de terceros», «cuentas de terceros»). Se trata de una cuenta global que mantiene en la Central de Anotaciones las entidades gestoras y que es contrapartida exacta de las cuentas que llevan éstas de quienes no estén autorizados a operar a través de la Central de Anotaciones (art. 6.1 del RD 505/1987 —RD 1009/1991—). En esta cuenta de terceros tan sólo se refleja el saldo global que, por cuenta de terceros, tiene cada entidad gestora. Esto quiere decir que tales terceros no aparecen en el registro de la Central de Anotaciones identificados individualmente, sino que su respectivo saldo se adiciona, en dicho registro, con el de los restantes comitentes de la respectiva entidad gestora (véanse sobre la Central de Anotaciones, y entre otros, NIETO CAROL, págs. 256 y sigs.; MAS SIRVENT, págs. 559 y sigs.).

Y segundo, en cuanto a las funciones registrales de las entidades gestoras, se instrumentan las mismas a través del llamado «registro de terceros» o «registro individualizado». Está constituido por cuentas a nombre de aquellas personas físicas o jurídicas que no puedan adquirir ni mantener deuda pública en anotaciones en cuentas bajo su titularidad abiertas en la Central de Anotaciones (art. 4.2 en relación con el artículo 4.1, también del RD 505/1987 —RD 1009/1991; art. 6.1 del RD 505/1987 —RD 1009/1991; n.º 1 Circular del Banco de España 6/1991).

(70) Con arreglo al artículo 6.4 del RD 505/1987, constituye una obligación de las entidades gestoras facilitar, en la esfera que les es propia, el adecuado desenvolvimiento de los derechos

a que se refiere el artículo 2 en sus apartados 2 y 3, y, en consecuencia, de los derechos reales de garantía sobre saldos de deuda anotados en sus registros de terceros.

(71) Piénsese en el supuesto en que la prenda se constituya para garantizar un préstamo en una entidad de crédito y ésta condiciona la entrega de los fondos a la inscripción de la pignación.

(72) La práctica totalidad de las referencias normativas a la certificación atribuyen su expedición a la Central de Anotaciones (véanse, entre otros, art. 2.2. del RD 505/1987; art. 17 de la OM de 19 de mayo de 1987; n.º 9, apartado 2, Circular del Banco de España 16/1987). Ahora bien, en el art. 9.2 de la OM de 19 de mayo de 1987 se prevé también la expedición de la certificación por la entidad gestora en cuyo registro de terceros se encuentren anotados los valores pignorados. El problema que entonces se plantea es determinar el fundamento de esta duplicidad documental dado que tanto la Central de Anotaciones como la entidad gestora correspondiente expide una certificación. Lógicamente, la referida duplicidad se produce cuando el pignorante no es una entidad titular de cuenta a nombre propio en la Central de Anotaciones. Si, por contra, es dicha entidad quien constituye la garantía, tan sólo es la Central de Anotaciones la que expide la certificación, pues no media intervención de entidad gestora alguna.

Sobre este extremo debe tenerse presente que en tanto la expedición de la certificación por parte de la Central de Anotaciones se produce siempre, la que corresponde a la entidad gestora sólo concurre «si es precisa», tal y como establece el artículo 9.2 de la OM de 19 de mayo de 1987. Queda, por tanto, por concretar cuándo es precisa la referida expedición por parte de la entidad gestora. El precepto expuesto de la OM no lo dispone ni tampoco ninguna norma de desarrollo. A partir de aquí, lo lógico es entender que será la conveniencia del comitente/pignorante la que determine si es o no precisa la obtención de la certificación de la entidad gestora.

(73) Tal sería el caso del artículo 17.2 de la OM de 19 de mayo de 1987, al establecer que «la Central de anotaciones establecerá el procedimiento de inmovilización de saldos necesario para la constitución de derechos o garantías sobre la Deuda del Estado representada en anotaciones en cuenta. En contra de este argumento podría utilizarse el artículo 8.1 del RD 505/1987 y art. 10.10 de la OM de 19 de mayo de 1987, interpretados ambos ampliamente.

(74) Si el pignorante es una entidad titular de cuenta a nombre propio en la Central de Anotaciones no podrá igualmente disponer del saldo empeñado en el Mercado Secundario. Para evitar lo contrario, y en relación con las operaciones realizadas a través del Servicio Telefónico del Mercado de Dinero, dispone la norma 7 de la Circular del Banco de España 16/1987 que «comunicada la operación al Servicio Telefónico por las dos partes intervinientes, el Banco de España comprobará la existencia de saldo suficiente en la cuenta correspondiente al valor objeto de la operación, no sujeto a garantías o trabas...».

(75) El ejercicio del derecho de reembolso se disciplina en la norma 6, Circular del Banco de España 16/1987. Con arreglo a su apartado 1, «en la fecha de amortización señalada para cada valor —o al siguiente día hábil, en caso de que aquélla coincidiera con un sábado o festivo—, la Central de Anotaciones abonará, en la cuenta corriente de efectivo en el Banco de España designada como domiciliataria por las entidades gestoras y demás titulares de cuentas, el importe nominal de los saldos de valores amortizados, con baja del citado importe de la cuenta de valores correspondiente». Por su parte, y en línea con la n.º 9, apartado 11, Circular del Banco de España 16/1987, dispone la norma 6, apartado 2, que «las contrapartidas de efectivo de aquellos saldos correspondientes a valores que los titulares de cuentas mantuvieran inmovilizados como consecuencia de la constitución de garantías, fianzamientos u otras cauciones permanecerán en dicha situación, hasta que la inmovilización sea levantada en la forma que se señala en la norma novena».

(76) Esto es lo que viene a querer disponer el artículo 17.2 de la OM de 19 de mayo de 1987 cuando hace alusión a que los

saldos inmovilizados «... se mantendrán desglosados dentro de las cuentas incluidas en la Central de Anotaciones conservando sus derechos económicos...». Más precisa es, en cambio, la norma 9, apartado 2, *in fine*, Circular del Banco de España 16/1987, por cuya virtud «el abono de los intereses correspondientes a importes inmovilizados se realizará, en los términos señalados en la norma cuarta de esta circular, al titular del valor».

(77) El problema que entonces se plantea es el de precisar qué virtualidad tiene lo recién expuesto frente a lo establecido, con carácter general, por el artículo 1.868 del Código Civil. Como es sabido, dispone dicho precepto que «si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital».

En este sentido, acertadamente apunta DÍAZ MORENO que el artículo 1.868 del Código Civil está concebido partiendo de un preciso supuesto de hecho: que el acreedor pignoraticio posee la cosa empeñada que produce intereses. Esto lleva a mantener al autor citado que si el acreedor no los percibe, por no detentar la posesión inmediata, desaparece la idea de la compensación anticrética como un elemento natural de la prenda. En consecuencia, para el caso de prenda sobre deuda anotada, al faltar la tan referida posesión material, no tiene el acreedor el derecho a compensar los intereses con los debidos o, en su caso, con el principal de la obligación garantizada (DÍAZ MORENO, 1991, página 417).

(78) En consecuencia, la certificación expedida por la Central de Anotaciones deberá ser entregada a la entidad gestora correspondiente y ésta, a su vez, la remitirá, junto con la solicitud del levantamiento, a la Central de Anotaciones. En este sentido se manifiesta el Manual de la Central de Anotaciones al disponer que «para el levantamiento de la inmovilización, será necesaria la devolución a la entidad gestora del certificado de inmovilización». En todo caso, nos encontramos con un problema ya conocido: ¿en qué plazo tiene la entidad gestora que tramitar la solicitud del levantamiento?

(79) Véanse los artículos 320, 322, 323 del Código Civil.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANCIANO PARDO, C. (1995), «Principales novedades en la regulación de la Central de Información de riesgos», *Banca y Finanzas*, 5, págs. 26-29.

AURIOLES MARTÍN, A. (1996), «Pignoración de los derechos dimanantes de un seguro de vida», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II, Civitas, Madrid (pendiente de publicación).

BARRIOS ÁLVAREZ, J., y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (1996), *Derechos de crédito derivados de contratos administrativos. Las certificaciones de obra*, Civitas, Madrid.

BONET SÁNCHEZ, J. I. (1996), «La cláusula penal. Aspectos jurídicos relacionados con su eficacia de garante del crédito», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, Civitas, Madrid (pendiente de publicación).

BORNARDELL LENZANO, R. (1992), «Contratos de afianzamiento general y de cobertura de riesgos. Pignoración de saldos de depósitos bancarios», en *Contratos bancarios*, Civitas, Madrid, páginas 847-896.

BOUZA VIDAL, N. (1991), *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Marcial Pons, Madrid.

BUSTOS PUECHE, J. (1990), «Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», *Anuario de Derecho Civil*, XLIII, vol. II, abril-junio, págs. 539-572.

CANO RICO, J. (1993), *Manual práctico de contratación mercantil*, I-II, Tecnos, Madrid.

CAPO BONAFUS (1931), «Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, I, páginas 282 y siguientes.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978), *Derecho civil español, común y foral*, II, vol. II, Reus, Madrid.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. (1993), «Prelación de créditos», *Revista General del Derecho*, 582, págs. 1279-1318.

COCA PAYERAS, M., y FLAQUERT RIUTORT, J. (1994), «Notas sobre el aval a primer requerimiento (Jurisprudencia y praxis)», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil*, I, La Ley, Madrid, páginas 473 y siguientes.

CRUZ MORENO, M.<sup>a</sup> (1993), «La prenda de créditos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 618, págs. 1271-1316.

DÍAZ MORENO, A. (1991), «La prenda en anotaciones en cuenta», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 603, págs. 355-441.

— (1993), «Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales», *Revista de Derecho Mercantil*, 207, págs. 151 y siguientes.

— (1994), «Las garantías a primer requerimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios de derecho bancario y bursátil*, I, Civitas, Madrid, págs. 627 y siguientes.

DÍEZ-PICAZO, L. (1986), *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, Tecnos S. A, Madrid.

EIZAGUIRRE, J. M. (1987), «Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoratícia. Una contribución a la dogmática de los títulos-valores», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 23.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (1989), «Un nuevo registro jurídico de bienes: el sistema de anotaciones en cuenta de valores», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 593, págs. 1213-1229.

FERRANDIS VILELLA, J. (1960), «Introducción al estudio de los derechos reales de garantía», *Anuario de Derecho civil*, XIII, páginas 37-62.

FINEZ RATÓN, J. M. (1994), *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios. La prenda de créditos*, Jose M.<sup>a</sup> Bosch editor, Barcelona.

GARCÍA HIGUERA, C. (1995), «Los recursos propios en el sector bancario», *Banca y Finanzas*, 4, págs. 6-11.

GARCÍA LUENGO, R. B. (1990), «Las pólizas de cobertura de riesgos de operaciones bancarias: apreciaciones críticas», en *Nuevas Entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Civitas, Madrid, págs. 627 y siguientes.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L. (1983), «Reforma francesa de la cesión y prenda de créditos», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 10, págs. 459-460.

— (1988), «Reflexiones sobre el denominado descuento de certificaciones de obra emitidas por la Administración pública», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 4, págs. 94-153.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (1991), «El sistema codificado francés de cesión de créditos», *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio, páginas 485-552.

GELLA ITURRIAGA, J. (1987), *Refranero jurídico español*, Trivium, Madrid.

GULLÓN BALLESTEROS, A. (1994), «En torno a las nuevas formas de garantía», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXXIII, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, págs. 325 y siguientes.

INFANTE PÉREZ, V. (1992), «El descuento de certificaciones de la Administración pública», *Derecho de los Negocios*, 27.

LÓPEZ DOMÍNGUEZ, I. (1995), «Análisis del riesgo en la actividad bancaria», *Banca y Finanzas*, 3, págs. 23-27.

MADRID PARRA, A. (1992), «Representación y transmisión de las acciones. Cláusulas limitativas», *Revista de Derecho Mercantil*, 203-204, págs. 147-242.

- MADRIDEJOS SARASOLA, J. (1961), «La cesión de créditos», *Revista de Derecho Notarial*, 33, págs. 193 y siguientes.
- MAIRATA LAVIÑA y GUZMÁN COSP (1989), *Operaciones bancarias y su tratamiento legal*, Hispano Europea, Barcelona.
- MARIN PÉREZ, P. (1984), *Derecho civil*, III, Tecnos, S. A, Madrid.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ, L. (1992), «El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley*, 3.043, págs. 1-8.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, J. F. (1992), «Los valores representados en anotaciones en cuenta: algunos interrogantes operativos», *Derecho de los Negocios*, 26, págs. 16-21.
- MAS SIRVENT, A. (1994), «Entidades del Mercado de Deuda Pública. Central de Anotaciones, Titulares de cuenta y Entidades Gestoras», en *Derecho del Mercado Financiero*, I, vol. I, Ed. Banco Central Hispano Americano, Madrid.
- MEJÍAS GÓMEZ, J. (1995), «Cesión y pignoración de la póliza de seguro de vida», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 17, páginas 63 y siguientes.
- MOLTÓ DARDANER, J. M. (1990), «El pago de la Administración de certificaciones de obra endosadas», *Revista Jurídica de Cataluña*, 3, págs. 229-231.
- MÓXICA ROMÁN, J. (1993), *Las pólizas bancarias*, Aranzadi, Pamplona.
- MUÑOZ CERVERA, M. (1992), «Negocios con finalidad de garantía sobre derechos de crédito no representados mediante títulos-valores», en *Negocios sobre derechos de crédito no incorporados a títulos-valores y sobre relaciones jurídicas especiales*, Civitas, Madrid.
- «La prenda de valores representados mediante anotaciones en cuenta», en *Libro homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (pendiente de publicación).
- NIETO CAROL, U. (1993), *El Mercado de Valores. Organización y Funcionamiento*, Civitas, Madrid.
- NAVARRO CHINCHILLA, J. J. (1996), «La prenda cambiaria», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II, Civitas, Madrid (pendiente de publicación).
- NAVARRO PÉREZ, J. L. (1988), *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, Comares, Granada.
- OLIVENCIA RUIZ, M. (1987), «La incorporación del derecho al título y su desincorporación (análisis histórico y dogmático)», en *Anotaciones en cuenta de Deuda del Estado*, Ed. Centro de Formación del Banco de España, Madrid.
- (1996), «Introducción al estudio de las garantías mobiliarias en el Derecho mercantil», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II, Civitas, Madrid (pendiente de publicación).
- ORTEGA FERNÁNDEZ, R. (1987), «Presentación», en *Suplementos sobre el sistema financiero* (Anotaciones en cuenta) de *Papeles de Economía Española*, 19, págs. 9-13.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F. (1990), «Cesión de créditos», en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Civitas, S. A, Madrid.
- ROSENDE HONRUBIA, M. (1927), «La prenda de créditos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 32-33, págs. 563 y sigs., y 643 y siguientes.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A. (1992), «Sobre las orientaciones del Proyecto de Real Decreto para la Representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles», *Revista General del Derecho*, 571, páginas 2843-2851.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (1990), «Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta», en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Civitas, Madrid, págs. 643 y siguientes.
- (1992), «Garantías bancarias: las cartas de patrocinio y las garantías a primera demanda», en *Contratos bancarios*, Civitas, Madrid, págs. 711 y siguientes.
- (1993), «El reconocimiento jurisprudencial de la garantía a primera solicitud», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 50, páginas 541 y siguientes.
- SÁNCHEZ GARCÍA, E. (1993), «Las garantías a primer requerimiento en la normativa española», *Cinco Días*, lunes 27 de septiembre, pág. 29.
- SANCHO REBULLIDA, F. (1991), *Elementos de Derecho civil* (dir. La-cruz), III, vol. II, José María Bosch editor, Barcelona.
- TIRADO SUÁREZ, F. J. (1990), «La pignoración de pólizas de seguro como garantía de operaciones bancarias», en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Civitas, Madrid.
- VALENZUELA GARACH, F. (1993), *La información en la Sociedad Anónima y el Mercado de Valores*, Civitas, Madrid.
- VÁZQUEZ GARCÍA, R. (1996), «La póliza de contragarantía», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid (pendiente de publicación).
- VERGEZ SÁNCHEZ, M. (1992), «La circulación de la letra de cambio», en *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Civitas, Madrid, págs. 449 y siguientes.
- VICENT CHULIÀ, F. (1996), «Introducción al estudio de las garantías personales en el Ordenamiento jurídico español», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, Civitas, Madrid (pendiente de publicación).
- VIGUERA RUBIO, J. M. (1988), «La prenda cambiaria: el endoso en garantía. Academia Sevillana del Notariado», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, págs. 201 y siguientes.